المملكة
KINGDOM

نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية

وقانون المرافعات المدنية والتجارية

أ. د. محمد نعيم ياسين

إهداء

صاحب السمو الملكي الأمير
الوليد بن طلال بن عبد العزيز آل سعود

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع



تفضل صاحب السمو الملكي الأمير
الوليد بن طلال بن عبد العزيز آل سعود

فأمر بطباعة وتوزيع هذا الكتاب
على نفقته الخاصة
هدية لطلاب العلم
أجزل الله مثوبته ووفقه لمرضاته

نظرية الدعوى

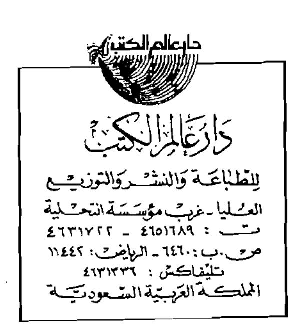
بين

الشريعة الإسلامية

وقانون المرافعات المدنية والتجارية

طبعة خاصة

١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م



طبعت هذه الطبعة بموافقة خاصة من المؤلف ومنه

دار النفائس
للنشر والتوزيع

العبدلي - هاتف : ٥٦٩٣٩٤٠ ص.ب : ٢١١٥١١ عمان ١١١٢١ الأردن

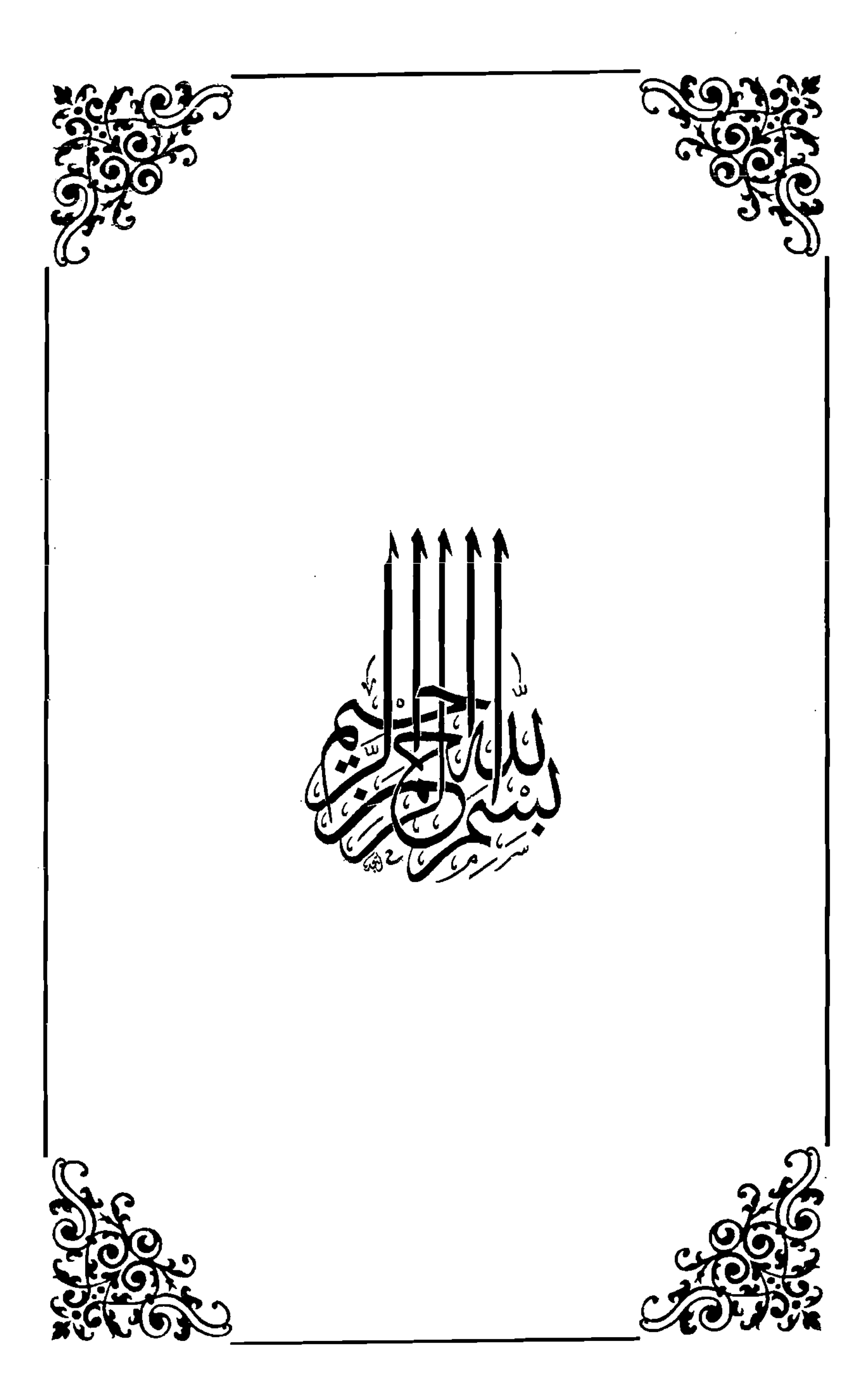
رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية

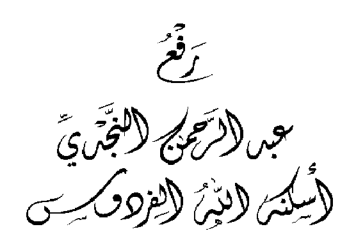
وقانون المرافعات المدنية والتجارية

أ. د. محمد نعيم ياسين

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



بسم الله الرحمن الرحيم



الافتتاحية

ربنا آتنا من لدنك رحمة وهيئ لنا من أمرنا رشدا

الحمد لله رب العالمين، والشكر له على ما أنعم وأولى، فإنه أجدر بالشكر وأولى، وأشهد أن لا إله إلا اللّه وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، أوضح سبيل الهدى، وأزال ظلام الشك والضلال، فصلوات اللّه وسلامه عليه وعلى آله وأصحابه البررة، وبعد:

فإن الاشتغال بالعلم من أفضل الطاعات، وخير ما صرفت إليه العناية، وأولى ما أنفقت فيه نفائس الأوقات، فإنه طريق معرفة الخالق، حيث قال عز وجل: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لاَ إِلَـهَ إِلاَّ هُوَ وَالْمَلاَئِكَةُ وَأُوْلُواْ الْعِلْمِ قَآئِمَاً بِالْقِسْطِ، لاَ إِلَـهَ إِلاَّ هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾ [آل عمران:١٨]، وهو أول أسباب الرفعة في الدنيا والآخرة لمن أخلص وابتغى فيه وجه اللّه، فقال عز من قائل: ﴿يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُواْ مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ، وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ [المجادلة:١١]، وقال رسول اللّه ﷺ: (العلماء ورثة الأنبياء)[١]، ومعلوم أنه لا رتبة فوق النبوة، ولا شرف فوق شرف الوراثة لتلك الرتبة، وقال ﷺ عندما ذكر له رجلان أحدهما عابد، والآخر عالم: (فضل العالم على العابد كفضلي على أدناكم)[٢]، فانظر كيف جعل العلم مقارناً لدرجة النبوة، وكيف حط من رتبة العمل المجرد عن العلم.

---

(١) جزء من حديث طويل رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة وابن حبان في صحيحه والبيهقي عن أبي الدرداء -انظر: الترغيب والترهيب: جـ١ ص٩٤.

(٢) رواه الترمذي عن أبي أمامة وقال عنه: حديث حسن صحيح -الترغيب والترهيب: جـ١ص١٠١.

وهو أخص خصائص الإنسانية، وبه يتميز الناس على سائر البهائم، وقد سئل ابن المبارك[1] رحمه اللّه: من الناس؟ فقال: العلماء، قيل: فمن الملوك؟ قال: الزهاد، قيل: فمن السفلة؟ قال: الذين يأكلون الدنيا بالدين.

وإذا كان هذا هو فضل العلم والعلماء، فقد جعل لطالب العلم من الفضل ما لا يقل عن ذلك، فقد قال رسول اللّه ﷺ (من سلك طريقاً يلتمس فيه علماً سهل اللّه له طريقاً إلى الجنة، وأن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا بما يصنع)[٢]، وقال عليه الصلاة والسلام: (من جاءه أجله وهو يطلب العلم لقي اللّه ولم يكن بينه وبين النبيين إلا درجة النبوة)[٣]، وقال ﷺ: (العالم والمتعلم شريكان في الخير، ولا خير في سائر الناس)[٤]، وقال عليه الصلاة والسلام لرجل من الصحابة جاء يطلب علماً: (مرحباً بطالب العلم، إن طالب العلم تحفه الملائكة بأجنحتها)[٥].

وأن علم الفقه والأحكام لمن أشرف العلوم التي رسخت بها دعائم الإسلام، وعلت بها شريعة محمّد عليه الصلاة والسلام على سائر الشرائع، فإن اللّه سبحانه خلق الإنسان في هذه الدنيا الفانية، وأمره أن يستقيم فيها، وأن يتزود منها بما يسعده في الدار الباقية، واقتضت رحمة اللّه وفضله أن لا يتركه لغرائزه وشهواته، فأنزل له الأحكام، وبين له الحلال والحرام، وأمره بتعلم ذلك، والعمل به. فالعلم بالأحكام مصباح يستضيء به المؤمن في عتمة الطريق،

---

(١) هو عبداللّه بن المبارك أبو عبد الرحمن المروزي (١١٨-١٨١هـ): امام المسلمين في عصره في العلم والفقه والأدب والنحو واللغة والشعر والزهد والورع، قال عنه إسماعيل بن عياش: ما على الأرض مثل ابن المبارك ولا أعلم أن اللّه خلق خصلة من خصال الخير إلا جعلها اللّه فيه- الفوائد البهية: ص١٠٣، ١٠٤.

(٢) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة وابن حبان في صحيحه والبيهقي عن أبي الدرداء-الترغيب والترهيب: جـ١ص٩٤.

(٣) رواه الطبراني في الأوسط عن ابن عباس رضي اللّه عنهما- الترغيب والترهيب: جـ١ص٩٦.

(٤) رواه ابن ماجة -الترغيب والترهيب: جـ١ ص١٠٠.

(٥) جزء من حديث رواه أحمد والطبراني باسناد جيد، وابن حبان في صحيحه، والحاكم وقال: صحيح الاسناد، وروى ابن ماجة نحوه باختصار -الترغيب والترهيب:جـ١ص٩٥، ٩٦.

فيميز به ما يرضي اللّه، فيسلكه، مما يغضبه، فيتجنبه، إلى أن يصل إلى دار السلام بسلام.

ولو أن الناس أخذوا هذه الأحكام المنزلة، وطبقوها على أنفسهم بأنفسهم، وتزودوا من الدنيا بما يرضي اللّه ويسعدهم في الآخرة، لانقطعت الخصومات من بينهم، ولما تضاربت مصالحهم، لأن كل واحد يرى مصلحته في رضى اللّه والفوز بمثوبته، فيتحد الهدف، وينقطع الخلاف، ولكنهم ليسوا كذلك، وإنما هم مختلفون بطبعهم، بما فيهم من الغرائز المتنافرة، والطبائع المختلفة، هكذا خلقهم اللّه، والنزاع والخصومة من لوازم طبعهم، واللّه سبحانه وتعالى أرسل لهم رسوله بالهدى، وأنزل معه البينات ليهذب هذا الطبع، ويربي تلك الغرائز تربية فيها سعادتهم في ممرهم ومقرهم، ولكنه يعلم جل وعلا أن كثيراً منهم لا يمتثلون، ولا يجرون أحكامه على أنفسهم، وبعضهم لا يعلمون أحكامه، وآخرون يشتبه عليهم الحق، فأمر سبحانه بأن يقوم في الناس إمام يلزمهم بأحكامه وأوجب عليهم طاعته بالحق، وأوجب عليه الفصل في خصوماتهم بالعدل، وإجراء الشرع عليهم، وإلزامهم به، سواء بنفسه إن استطاع، أو بمن يوليهم من النواب والقضاة، وأمرهم بالعدل في الحكم، فإنه هو الهدف من تنصيبهم.

ومن جهة أخرى أوجب سبحانه على الناس التحاكم إلى شرعه عند التنازع، فلكل من هضم حقه أو اعتقد أنه ظلم أن يلجأ إلى من يطبق شرع اللّه من قاض أو حاكم، وفرض على هذا سماعه وأخذ الحق له إن تبين صدقه، وعدم الإبطاء في ذلك. فللناس حق التقاضي والمطالبة بحقوقهم، وعلى القاضي أو الحاكم واجب القضاء بينهم.

وهذا الحق وهذا الواجب هما موضوع علم القضاء، لذا كان هذا العلم من أجل العلوم الشرعية، وأعزها مكاناً، وأشرفها ذكراً، فإنه العلم بكيفية القيام بالعدل بين الناس بالفصل في خصوماتهم وتطبيق أحكام اللّه عليهم، والعلم بكيفية تحصيل الحقوق بما يرضي اللّه، وقد روي عن الحسين بن علي رضي اللّه تعالى عنهما أن فصل الخطاب المذكور في قوله تعالى: ﴿وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ﴾ [ص: ٢٠] هو علم القضاء.

وهو كما يرى ذو شقين: **الأول**: العلم بكيفية المطالبة بالحق على الوجه الشرعي، **والثاني**: العلم بكيفية فصل الخصومة وجعل الحقوق في أهلها.

وقد عزمت بعد أن استخرت اللّه على أن أجعل موضوع هـذه الرسـالة في الكـلام عـن الشق الأول من هذا العلم، وإني أدعو اللّه، أن يوفقني في ذلك، وأن يجعل لي من أجـر العلـم والتعلم نصيباً.

ثم إنه إن كان العلم بفصل الخصومات فرض كفاية على الأمة، مطلوباً من علمائها وفرضاً على قضاتها وحكامها، فإن معرفة كيفية الادعاء والمطالبة بـالحق ضرورية لكـل فـرد في دولـة الإسـلام. وذلـك أن الدعـوى هـي الوسيلة الأصليـة لتحصيـل الحقـوق، فليـس للنـاس تحصيـل حقوقهم بأنفسهم، ومن اعتدي على حقه أو اعتقد ذلك فسـبيله إلى دفـع الظلـم عـن نفسـه أن يلجأ إلى القضاء، وهو ممنوع من أخذ حقه بنفسـه، إلا في حـالات اسـتثنائية خارجة عـن هـذا الأصل سيأتي ذكرها إن شاء اللّه تعالى، وذلك منعاً للفوضى وتجنباً للفتن والمفاسد؛ فإن النظـام هو ما تميز به مجتمع الإنسان عامة عن قطعان الحيوان، فكيف بمجتمع الإسـلام الـذي أراده اللّـه أرقى المجتمعات وخيرها.

هذا ولا أدعي -وليس لي أن أدعـي- أنـي اخـترت هـذا الموضـوع لأشـيد بنـاء لم يكـن موجوداً، ولا لأتدارك جانباً من الفقـه كـان مفقـوداً، فإنـه لا يكـاد كتـاب فقهـي يخلـو مـن تفصيل الكلام عن الدعوى، فالأساس إذن موجود، والبناء مشيد، والذي أدعو اللّه أن يوفقني لتحقيقه من الفوائد ما يلي:

أولاً - جمع مختلف آراء المذاهب الفقهية في مسائل هذا الموضوع، وإثبات أدلتها كاملـة، كل مذهب من مؤلفات علمائه، والمقارنة بينها ببيان أوجه الاتفـاق والاختـلاف، والتقريـب بين وجهات النظر ما أمكن إلى ذلك سبيلاً، ثم وضع ما تبقى من المختلف فيه مما يتعذر فيـه التوفيق في ميزان الترجيح، لاختيار الأقوى دليلاً، والأكثر تحقيقاً للمصلحة الدينية والدنيوية.

وهذا أمر لا يوجد في كثير من الكتب الفقهية. والكتب المقارنة التي نهجت هـذا المنهـج لم يستوف فيهـا أدلـة المذاهـب جميعهـا ولا اعتراضـاتهم وردودهـم. وحتـى الذيـن كتبـوا في

المرافعات الشرعية من المحدثين لم يقارنوا بين المذاهب، واقتصر معظمهم في ذلك على فقه المذهب الحنفي دون غيره[1].

ثانياً: استنباط القواعد والأصول والضوابط العامة مما هو مقرر من أحكام الجزئيات التفصيلية والمسائل الفرعية؛ فإن كثيراً من هذه الفروع متناثر في أبواب وفصول مختلفة مع أنه متشابه في حكمه لتشابهه في علته، واكتشاف الأصول والقواعد يغني عن تتبع أحكام المسائل الموجودة، والتفتيش عنها، ويساعد في معرفة أحكام الحادثات من القضايا والمسائل.

ثالثاً- ترتيب ما هو مبدد من المسائل، ونظم ما هو مفرق فيها، وذلك بإرجاعها إلى أصولها من جهة، وبتقسيم البحث تقسيما منطقياً يتدرج فيه من الأعم إلى الأخص، وتحشر فيه المسائل في مواضعها المناسبة من جهة أخرى.

رابعاً- توضيح كل ذلك بأسلوب مفهوم عند أهل العصر من غير تساهل في قواعد اللغة وأصولها، ومن غير هجر للاستعمالات الفقهية القديمة، إذا كان فهمها لا يحتاج إلى جهد جهيد، ولا القواعد والمصطلحات وطرق الاستدلال الأصولية والفقهية، فإنه لا يوجد -ولا يمكن أن يوجد- لها بديل عند أهل العصر.

وإني أستعين على مقصدي هذا بأصناف مختلفة من الكتب:

١- فأعتمد بصور ة أصلية على كثير من الكتب الفقهية المتخصصة في القضايا والأحكام، المطبوع منها والمخطوط، كالفواكه البدرية لابن الغرس الحنفي، وتبصرة الحكام لابن فرحون، والعقد المنظم للحكام لابن سلمون، وشرح أدب القاضي للحسام الشهيد، وروضة القضاة للسمناني[2]، وأدب القضاء للقاضي الشافعي ابن أبي الدم، وأدب القضاء للغزي، وعماد الرضا

---

(١) ومن هؤلاء الشيخ أحمد إبراهيم كتب موجزاً في المرافعات الشرعية لم يتعرض فيه لغير المذهب الحنفي، وكذلك الشيخ محمّد زيد الأبياني والشيخ على قراعة كتبًا في المرافعات الشرعية والأصول القضائية معتمدين على الفقه الحنفي دون سواه.

(٢) هو علي بن محمّد أبوالقاسم السمناني الحنفي، كان اماماً فاضلاً، له تصانيف في الفقه والشروط والتوريخ، وكتاب في أدب القضاء سماه روضة القضاة، توفي سنة ٤٩٩هـ-الفوائد البهية: ص١٢٣.

ببيان أدب القضا لزكريا الأنصاري[1]، وغير ذلك كثير، وسوف يرى أثناء البحث، ويثبت في جريدة المراجع بإذن الله.

٢- وأعتمد أيضاً على مختلف الكتب الفقهية العامة الشاملة لجميع أبواب الفقه، وأخص منها بالذكر الكتب المقارنة، كالحاوي الكبير للماوردي، فإنه اجتهد في ذكر آراء وأدلة المذاهب الأخرى غير المذهب الشافعي، وكذلك المغنيٰ لابن قدامة الحنبلي وبداية المجتهد لابن رشد المالكي[2] وغير ذلك.

٣- وأعتمد أيضاً على شروح كتب الحديث الشريف، كفتح الباري، وشرح النووي على صحيح مسلم، وإحكام الأحكام لابن دقيق العيد، ومعالم السنن للخطابي[3] فإن المبتغي للمقارنة الفقهية يجد في هذه الشروح من الفائدة ما لا يقل عن الكتب الفقهية المتخصصة.

ولا أدخر وسعاً في الرجوع إلى كتب التفسير والحديث والأصول والمصطلحات الفقهية إذا ما لزم الأمر لتفسير آية كريمة أو تخريج حديث شريف أو بيان مصطلح من المصطلحات.

وإني أتعرض لبيان موقف أهل القانون في معظم المواضع من هذه الرسالة، لا على سبيل المقارنة مع الشريعة، وإنما على سبيل استكمال البحث ببيان موقف كل من تعرض لهذا الموضوع؛ إذ لا يجوز أن توضع أحكام الشريعة والقوانين التي وضعها البشر في كفتي ميزان

---

(١) هو زين الدين أبو يحيى زكريا بن محمّد بن أحمد الأنصاري الشافعي (٨٢٣-٩٢٦هـ): كان شيخ الإسلام في عصره،وعمدة العلماء، مدققاً محققاً متكلماً متصوفاً ومحدثاً، له تصانيف كثيرة جداً في كثير من العلوم منها: تحفة الباري على صحيح البخاري، وبلوغ الأرب بشرح شذور الذهب، وغاية الوصول إلى شرح لب الأصول، وغير ذلك.

(٢) هو محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد (٥٢٠-٥٩٥هـ) من أئمة علماء المالكية الأندلسيين، كان له حظ وافر في مختلف العلوم من لغة وآداب وحكمة وفقه، وكان يفزع إلى فتياه في الطب كما يفزع إلى فتياه في الفقه -الديباج المذهب: ص٢٨٤، ٢٨٥.

(٣) هو حمد بن محمّد بن إبراهيم بن خطاب أبو سليمان الخطابي البستي، كان إماماً في الفقه والحديث واللغة، ومن تصانيفه «معالم السنن» وهو شرح سنن أبي داود، وله «غريب الحديث» و«شرح الأسماء الحسنى» وغير ذلك، توفي سنة ٣٨٨هـ- طبقات الشافعية الكبرى: جـ٣ص٢٨٢، ٢٨٣ طبع عيسى الحلبي.

للمقارنة والترجيح، وذلك لأن هذه الأحكام إن كانت مما تناولتها النصوص بعبارة أو إشارة أو غير ذلك، فهذه أحكام اللّه البينة، فمن وضعها بجانب أحكام الناس للمقارنة والترجيح فقد أساء و لم يقدر شرع اللّه حق قدره، وإن لم تكن قد تناولتها النصوص فقد استنبطها علماء صفت قلوبهم بمعرفة اللّه، وعرفوا مقاصد الشارع من أحكامه التي شرعها لعباده، واكتشفوا روح الشريعة وقواعدها وأصولها، فلم يخرجوا عن ذلك فيما استنبطوه وكان اللّه معهم في ذلك يسدد خطاهم ويوفقهم، فلم يكلهم إلى أنفسهم، وإنما أعانهم وتولاهم برعايته، فليس من تمام الإيمان مقارنة ما صدر عنهم من أحكام واجتهادات بما وضعه الإنسان الذي تخلى اللّه عن رعايته ووكله إلى نفسه.

حدود الموضوع:

وإن للدعوى تعلقاً بكثير من الموضوعات الفقهية الأخرى:

١- فإن أكثر تعلقها بالقضاء كوظيفة يقوم بها القاضي، وكعلم بكيفية الفصل في خصومات الناس، وذلك أن الدعاوى مادة القضاء الأساسية، ولو أمكن وجود مجتمع لا يتخاصم أفراده لما كان حاجة لتنصيب القضاة وتعلم كيفية القضاء، فإن اختلاف الناس وتنازعهم اقتضى تنصيب الحكام والقضاة، والقاضي هو الذي يسمع الدعاوى، وهو الذي يرتب عليها حكمها من إحضار الخصم وإجباره على الجواب، ثم يصدر حكمه بعد استكمال النظر فيها.

وإني مراع بإذن اللّه تعلق موضوع هذه الرسالة بالقضاء من ثلاث جهات:

الأولى: إنني أصدر تمهيدها بالكلام عن القضاء من حيث تعريفه وبيان مكانه من الحكومة الإسلامية ومكانته بين وظائفها ومشروعيته وحكمته وحكمه.

الثانية: أنني أختمها بالكلام عن الحكم القضائي، إذ هو النهاية الطبيعية لكل دعوى ترفع أمام القضاء.

الثالثة: أنني أتطرق للكلام عن أصول القضاء وآدابه في كل مكان مناسب من الرسالة.

٢- ولها تعلق أيضاً بالبينات والحجج الشرعية، فإنها طرق القضاء والحكم، والدعوى بدونها لا تفيد صاحبها شيئاً، ولذلك نجد بعض الفقهاء يجمعون في البحث بينهما[١]، **ولكنني لم أفعل ذلك لسببين:**

الأول: أن طرق القضاء كثيرة ومتعددة، وكلام الفقهاء فيها كثير جداً، والبحث فيها يحتاج إلى رسالة أو رسائل، فانظر إلى الشهادة كم كتب فيها، وكذلك الإقرار، وكذلك اليمين، وغيرها[٢].

الثاني: أنها لا تدخل في مفهوم الدعوى: لا في عناصرها من سبب وركن وأطراف ولا في حكمها من حضور الخصم ووجوب الجواب عليه، وهو ما خصصت هذه الرسالة للكلام عنه.

ومع ذلك فإني لا أتوانى في الإشارة إلى ما يلزم منها في الأمكنة المناسبة من الرسالة.

٣- وللدعوى تعلق بجميع أبواب الفقه المختصة بالمعاملات؛ وذلك أنها مطالبة بالحق أمام القضاء، والمعاملات محلها الحقوق، وموضوعها يتعلق بهذه الحقوق من حيث إنشاؤها أو نقلها أو ضمانها أو غير ذلك، وإني أشير إلى كل ما تتعلق به الدعوى من ذلك بما يقتضيه المقام ويحقق المقصود.

خطة البحث:

وقد أسست هذه الرسالة على بابين:

الأول- في عناصر الدعوى، **والثاني**- في الآثار المترتبة على رفعها.

---

(١) ولكن معظم الفقهاء يبحثون الشهادات في كتاب مستقل، وكذلك الإقرار.

(٢) لقد صنف أخي الفاضل الدكتور محمّد الزحيلي رسالة في وسائل الإثبات استوفى فيها الكلام عن طرق القضاء من بينات وحجج شرعية، وأجاد، فمن ابتغى توسعاً فيهذا الموضوع فإنه يجد فيها مطلبه.

وقد حملني على ذلك أنني وجدت الفقهاء يعتبرون الدعوى تصرفاً من التصرفات الشرعية، وذلك من خلال تعريفهم لها والكلام عن شروطها وآثارها، وكمال البحْث في أي تصرف شرعي يكون بتناول الكلام في عناصره التي يقوم بها وجوده، وهي أسبابه وأركانه وشروطه وأطرافه ومكانه، والكلام في الآثار التي رتبها الشارع عليه إذا وجد بأركانه وشروطه الشرعية.

وأصدر جملة هذين البابين بتمهيد أتكلم فيه عن أمور ثلاثة في فصول ثلاثة:

الفصل الأول–في القضاء:

واذكر فيه تعريفه، ومكانه من الحكومة الإسلامية، ومكانته بين وظائفها، ومشروعيته والحكمة من تشريعه وحكمه، وأن العلاقة واضحة بين الدعوى والقضاء، إذ هو فصل الخصومة وحسم النزاع، والدعاوى عنوان الخصومة ووسيلة التعبير عنها.

الفصل الثاني– في تعريف الدعوى:

وأذكر فيه معنى الدعوى في اللغة، ومعناها في الاصطلاح الشرعي، وأختار تعريفاً من بين تعريفات الفقهاء، وأذكر معنى الدعوى عند أهل القانون، وأبين معنى الحق الذي شرعت الدعوى لحمايته، وعلاقته بها.

وأنا أجعل تعريف الدعوى في التمهيد، لأن بيان معنى الشيء ضروري لإفادة تصوره، وتصوره لا بد منه للباحث والقارئ قبل البحث في أركانه وشروطه، وفي خلال ذلك، فكان لا بد من الكشف عن معنى الدعوى قبل الدخول في تفصيل الكلام عن عناصرها وآثارها.

الفصل الثالث– في المواضع التي يجوز فيها استيفاء الحق بغير دعوى:

وأذكر فيه ما اتفق الفقهاء على وجوب رفعه إلى القضاء من الحقوق لتحصيله، وما اتفقوا فيه على جواز استيفائه من الحقوق بغير قضاء، وأذكر في خاتمته المذهب الذي ترجح عندي ووجه ترجيحه.

ويشتمل الباب الأول على فصلين:

الفصل الأول- في سبب الدعوى وأركانها وأطرافها ومكانها وأنواعها:

وإنما أتكلم عن أنواعها في هذا المقام لأن تنوع الدعاوى مبني في أغلبيته على تنوع الحق المدعى به، وهو أحد عناصر الدعوى.

الفصل الثاني- في شروط الدعوى:

وأصدره بمقدمة عن معنى الشرط في اللغة وعند أهل الأصول، وأذكر فيها عرضاً موجزاً للشروط، ثم أشرع في تفصيلها في مبحثين:

فأجعل المبحث الأول في الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى: المدعي والمدعى عليه والمدعى به.

وأجعل البحث الثاني في شروط ركن الدعوى، وهو القول المكون لها.

وهذا وإنما أجعل شروط الدعوى في فصل مستقل، وأجمع بقيه العناصر الأخرى في فصل واحد، مع أن التقسيم المنطقي يقتضي جعل كل عنصر من عناصر الدعوى في فصل مستقل، لأن كلام الفقهاء عن شروط الدعوى يزيد أضعافاً مضاعفة عن كلامهم في بقية العناصر بمجموعها، فاستحقت الشروط أن يفرد لها فصل مستقل .

ويشتمل الباب الثاني على ثلاثة فصول أتناول فيها تفصيل الكلام عن جميع الآثار التي تترتب على رفع الدعوى:

الفصل الأول-في نظر الدعوى:

وأذكر فيه الأصول التي يجب على القاضي أو يستحب له أن يراعيها أثناء نظره للدعوى وهي: مبدأ المساواة بين الخصوم، ومبدأ علنية المحاكمة، ومبدأ المواجهة بين الخصوم ومبدأ حرية الخصوم في الدفاع عن أنفسهم، ومبدأ اعتدال حال القاضي عند القضاء.

وانما أقدم الكلام في هذه المبادئ على غيرها لأنها أمور يجب علـى القـاضي مراعاتهـا في جميع أعماله القضائية أثناء نظره للدعوى إلى أن تنتهي بالحكم.

وأذكر في هذا الفصل أيضاً كيفيـة سـير القـاضي مـع الخصـوم والـترتيب الـذي يتبعـه في ذلك، والسلطة المعطاة له أثناء نظر الدعوى.

الفصل الثاني- في حضور الخصوم وغيابهم:

وأذكر فيه دعوة المدعي لخصمه المدعى عليه من أجل التقاضي، وحكم إجابة هذه الدعوة، ودعوة الحاكم للمدعى عليه وكيفية إحضاره.

وأختمه بالكلام عن محاكمة الغائب وذكر الخلاف في جواز القضاء عليه، والمذهب الذي ترجح عندي ووجه ترجيحه.

الفصل الثالث ـ في جواب الدعوى:

وأصدره بمقدمة عن شروط الجواب من ناحية عامة، وأذكر فيه أوجه الجواب المختلفة من إقرار وإنكار وامتناع، وأجعل كل ذلك في مبحث، وأفرد مبحثاً مستقلاً للكلام عن دفع الدعوى: تعريفه وأنواعه وأحكامه وأثره .

وأختم الرسالة بالكلام عن مصير الدعوى ونهايتها، وأجعل هذه الخاتمة في فصلين:

الفصل الأول ـ في الحكم:

وأذكر فيه تعريف الحكم، وشروطه، وما يكون حكماً وما لا يكون، وأنواعه وأثره.

الفصل الثاني:

واجعله في العوارض التي قد تنتهي بها الدعوى من غير صدور حكم فيها، كالتنازل عنها أو حدوث صلح فيها أو زوال محل النزاع ونحو ذلك.

هذا هو مقصدي من بحثي، وهذا هو منهجي فيه وسبيلي إليه، فان ظهر غلط أو وهم أو

تقصير أو غفلة أو جهل أو عيٍّ فالمحل قابل لذلك كثيراً، وهو مني ومن الشـياطين، وإن ظهـر خير فبفضل اللّه ورحمته والمن له بدءاً وعوداً.

وأسأل اللّه تعالى الكريم رب العرش العظيم أن يجعل عملي خالصاً لوجهه وأن يبرئه مـن كل رياء ظاهر وخفي، وأن يريني بركته يوم الوقوف بين يديه، وأن ينفع بـه، وأسـأله العفـو والرحمة والاقاله وستر العورات وتأمين الروعات لي ولمـن علمـني أو سـهل لي طريـق علـم أو إفادة ولجميع المسلمين آمين يارب العالمين.

د.محمّد نعيم ياسين

تمهيد

لقد اشتمل هذا التمهيد على ثلاثة فصول:

الفصل الأول

في القضاء: تعريفه، ومكانه من الحكومة الإسلامية ومكانته بين وظائفها، ومشروعيته، والحكمة من تشريعه، وحكمه.

الفصل الثاني

في تعريف الدعوى.

الفصل الثالث

في بيان المواضع التي يجوز فيها استيفاء الحق بغير دعوى.

الفصل الأول

القضـــــــــاء

إن القصد من التمهيد بالكلام عن القضاء في الفقه الإسلامي هو إعطاء فكرة موجزة عن أمر له صلة وثيقة بالدعوى والخصومة؛ فإن القضاء -كما سيأتي- هو الفصل في الخصومات، وهذه يعبر عنها ما يرفعه الناس من الدعاوى التي هي موضوع البحث في هذه الرسالة.

ولكن لن يشتمل هذا البيان الموجز عن القضاء على جميع التفصيلات المتعلقة به؛ لأن المقصود به يحصل بالتعرض لما يوضح معناه ويبين أهميته، فكان الكلام فيه منحصراً في ثمانية مباحث تحقق هذا المقصود وهي:

المبحث الأول: في تعريف القضاء.

المبحث الثاني: في تمييز القضاء عن الإفتاء.

المبحث الثالث: في مكان القضاء من الحكومة الإسلامية ومكانته وبين وظائفها.

المبحث الرابع: في حكمة القضاء.

المبحث الخامس: في مشروعية القضاء.

المبحث السادس: في حكم تنصيب الإمام للقضاة.

المبحث السابع: في خطر تولي القضاء.

المبحث الثامن: في حكم الدخول في القضاء وطلبه.

المبحث الأول

في تعريف القضاء

أولاً: في اللغة:

القضاء في اللغة يأتي على معان متعددة ومتقاربة، أقربها إلى المعنى الشرعي «الحكم والإلزام»، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً ، إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاَهُمَا فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيماً﴾ [الإسراء:٢٣]، أي أمر ربك وحتم[١].

والقاضي معناه في اللغة: القاطع للأمور المحكم لها[٢].

ثانياً: في الاصطلاح الفقهي:

وأما معناه في اصطلاح الفقهاء، فقد اختلفت فيه عباراتهم لاختلاف أنظارهم:

- فبعضهم نظر إلى كونه صفة حكمية يَتّصفُ بها القاضي تستلزم إمضاء حكمه، فعرف

---

(١) لسان العرب مادة «قضى».

(٢) لسان العرب مادة «قضى» وقد تكرر ذكر القضاء في الحديث الشريف، وأصله «القطع والفصل». يقال: قضى يقضي قضاء، فهو قاض إذا حكم وفصل، وقضاء الشيء إحكامه وإمضاؤه والفراغ منه، وقد قال الزهري: القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه، ومن معانيه أيضاً في اللغة الفراغ، تقول: قضيت حاجتي، ومنها: الأداء والانهاء تقول: قضيت ديني، ومنها الصنع والتقدير، يقال: قضاه أي صنعه وقدره، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ فصلت/١٢، ومنه القضاء والقدر -انظر ذلك كله في لسان العرب ومختار الصحاح مادة قضى.

على أنه صفة فيه[1].

- وبعضهم نظر إلى كونه فعلاً يقوم به القاضي، فعره على أنه فعل القاضي[2]، وهذا المعنى قريب من مدلوله اللغوي، فهو في اللغة -كما تقدم- الحكم والإلزام، والقاضي هو الحاكم والملزم.

فبناء على المعنى الأول يكون في العرف الشرعي أمور ثلاثة:

الأول: الفعل الذي يقوم به القاضي، وهو الفصل في الخصومات.

الثاني: نفوذ هذا الفعل.

الثالث: معنى حكمي يوجب هذا النفوذ، وهذا هو القضاء عند الذين نظروا إليه باعتباره صفة حكمية في القاضي[3].

ويظهر الفرق بين المعنيين السابقين في ناحية هامة: وهي أن القضاء كصفة حكمية يظل معنى متصلاً بموصوفه سواء أقام هذا بالفصل في الخصومات أم لم يقم، فيعتبر قاضياً وإن لم يعرض عليه أي نزاع، بينما هو بالمعنى الثاني (أي فعل القاضي) فعل واقع يعطي لفاعله صفة القضاء بعد وقوعه، بينما لا تكون له هذه الصفة قبل القيام به[4].

فالفريق الأول نظر إلى القضاء كوظيفة من وظائف الخلافة. ولما كانت الوظيفة عبارة عن صفة ملاصقة لصاحبها ما دامت الشروط الشرعية متوفرة فيه، فقد كان تعريف القضاء -بناء على هذا النظر- بأنه صفة حكمية أدق من اعتباره مجرد فصل الخصومات.

وعلى أية حال فإن الصلة بين المعنيين وثيقة جداً، لأن القضاء بمعنى فصل الخصومات

---

(١) مواهب الجليل: جـ٦ص٨٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) وهذا شبيه بتفريقهم بين الطهارة والتطهير، فإن المعنى الحكمي في الطهارة يوجب استباحة الصلاة، كما يوجب المعنى الحكمي في القضاء نفوذ حكم القاضي -شرح حدود ابن عرفة: ص٤٣٣.

(٤) شرح حدود ابن عرفة: ص٤٣٣.

على وجه الإلزام لا يتحقق إلا إذا تحقق فيمن قام به صفة القضاء. كما أن القضاء كصفة في القاضي لا يتحقق مقتضاه بدون الفصل في الخصومات، وذلك لأن الصفات معان مستمدة من أحوال موصوفاتها، لذلك لا نجد غضاضة على واحد من الطرفين في المسلك الذي اختاره في تعريف القضاء، لان كلاً منهما موصل لمعرفته. وفيما يلي ذكر لبعض تعريفاته:

تعريف القضاء باعتباره صفة في القاضي:

وأهم تعريف للقضاء بالصفة ما قاله ابن عرفة[1] من علماء المالكية: وهو أن القضاء (صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين)[2].

شرح هذا التعريف:

صفة: جنس في التعريف يتناول كل الصفات.

حكمية: أي تقديرية: أي يحكم العقل بوجودها بعد حكم الشارع بذلك، ويقدر حصولها في نفسها، وقيامها بمحالها قيام الأوصاف الحسيّة بمحالها، ويخرج هذا القيد جميع المعاني الأخرى من حسية كالسواد والبياض، وعقلية كالعلم والقدرة، وغير ذلك من الصفات[3].

نفوذ: أي إمضاء:

حكمه الشرعي: يقصد به إلزام القاضي أمراً شرعياً للخصم[4]، وليس المقصود هنا خطاب اللّه

(١) هو محمّد بن عرفة التونسي (٧١٦-٨٠٣هـ): عالم تونسي، من مؤلفاته القيمة مُخْتَصَرُهُ الفقهي - الطريقة المرضية: ص٤١، الطبعة الثانية.

(٢) شرح حدود ابن عرفة: ص٤٣٣، مواهب الجليل جـ٦ ص٨٦، الخرشي: جـ٧ ص١٢٨.

(٣) شرح حدود ابن عرفة: ص١٣.

(٤) شرح حدود ابن عرفةص٤٣٤. والحكم يقال على معان متعددة بالاشتراك اللفظي منها: إسناد أمر لآخر إيجاباً أو سلباً، كما في قولك: قام زيد أو لم يقم زيد، ومنها: خطاب اللّه تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء اوالتخيير أو الوضع، ومنها: أثر الخطاب الثابت به كالوجوب والحرمة والصحة

=

المتعلق بأفعال العباد، وقد دل على ذلك إضافته إلى الضمير العائد إلى الموصوف، فتلك الصفة الحكمية توجب للقاضي نفوذ ما ينشئه من الإلزامات على الخصوم.

وتقييد الحكم بالشرعي للاحتراز عن غير الشرعي، كما إذا حكم بهواه، فإن تلك الصفة لا توجب نفوذه.

وقوله في التعريف **(ولو كان بتعديل أو تجريح)**: يعني أن القضاء صفة توجب لموصوفها نفوذ حكمه في كل شيء حكم به ولو كان بتعديل أو تجريح، والباء في «بتعديل» للتصوير: أي ولو كان حكمه تعديلا.

واحترز في التعريف بقوله **(لا في عموم مصالح المسلمين)** عن الخلافة؛ لأن القاضي ليس له قسمة الغنائم، ولا توزيع أموال بيت المال، ولا ترتيب الجيوش، وإنما ذلك للإمام الأعظم أو من ينيبه عنه في ذلك[1].

تعريف القضاء باعتباره فعلاً يقوم به القاضي:

ومن تعريفات من نظروا إلى كونه فعلاً يصدر عن القاضي ما يلي:

١- فقد عرفه الحنفية بأنه **(فصل الخصومات وقطع المنازعات)**[2]، وزاد بعضهم (على وجه مخصوص) ليخرج منه فصل الخصومات بغير القضاء كالصلح[3].

والفساد، ومنها: المعنى اللغوي الذي هو الفصل والبت والقطع على الاطلاق،ومنها: الحكمة: وهي العلم بحقائق الأشياء على ما هي عليه- انظر الفواكه البدرية- لابن الغرس: ص٥، ٦،٧. والمراد به في تعريف القضاء هو ما ذكرناه في المتن من معنى الإلزام بأمر شرعي، وسوف يأتي في الخاتمة تفصيل الحكم بهذا المعنى إن شاء الله.

(١) الخرشي وحاشية العدوى: جـ٧ص١٣٨.

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين: جـ٥ ص٣٥٢،لسان الحكام: ص٣٠ وللحنبلية ما يقرب من هذا قال في منتهى الارادات: القسم الثاني ص٥٧١ (والقضاء تبيينه والإلزام به وفصل الحكومات).

(٣) مباحث المرافعات: ص١٣١.

وعرفه بعضهم بأنه (**قول ملزم صادر عن ولاية عامة**)[1].

وجمع بعض المحدثين بين التعريفين السابقين فقال: القضاء هو (**فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص صادر عن ولاية عامة**)[2].

٢- وعرفه بعض المالكية بأنه (**الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام**)[3]، وقد يؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع، لدخول كثير من وظائف الخلافة فيه، فقد يتحقق فيها الإخبار عن حكم الشارع على سبيل الإلزام[4].

وعرفه آخرون منهم بأنه (**الدخول بين الخالق والخلق، ليؤدي فيهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة**)[5]. وقد يرد عليه المأخذ السابق، بل عدم منعه من سابقه أكثر فهو يشمل الإفتاء والتدريس والخطابة، كما أنه غير جامع لما يكون الحكم فيه بالإجماع والقياس.

٣- وعرفه كثير من الشافعية بأنه (**فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى**)[6].

وعرفه العز بن عبدالسلام[7] بأنه (**إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه**

---

(١) تاريخ القضاء-محمود عرنوس: ص٩.

(٢) الأصول القضائية: ص٢٧٦.

(٣) مواهب الجليل: جـ٦ص٨٦، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: جـ٢ص٢٩٣، تبصرة الحكام: جـ١ص١٢.

(٤) مواهب الجليل: جـ٦ص٨٦.

(٥) تبصرة الحكام: جـ١ص١٢.

(٦) مغني المحتاج: جـ٤ص٣٧٢ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ،شرح الغزي وحاشية الباجوري: جـ ٢ص٣٢٥، حاشية البرماوي: ص٣٠٥.

(٧) العز بن عبدالسلام (٥٧٨-٦٦٠هـ): هو عبدالعزيز بن عبدالسلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، عز الدين الملقب بسلطان العلماء، فقيه شافعي، بلغ رتبة الاجتهاد، ولد ونشأ في دمشق، ومن كتبه «التفسير الكبير»، «والإلمام في أدلة الأحكام» و«قواعد الشريعة» و«الفوائد» و«قواعد الأحكام في اصلاح الأنام» «وترغيب أهل الإسلام في سكن الشام»و«بداية السول في تفضيل الرسول» عليه الصلاة والسلام و«الفتاوى» و«الغاية في اختصار النهاية» و«الإشارة إلى الإيجاز في بعض انواع المجاز» في مجاز القرآن و«حل الرموز» رسالة في التصوف و«الفرق بين الإيمان والإسلام» رسالة و«مقاصد الرعاية» وغير ذلك -انظر طبقات الشافعية الكبرى: جـ٥ص٨٠ وما بعدها، والأعلام للزركلي: جـ٤ص١٤٤، ١٤٥، وطبقات الشافعية للمصنف : ص٨٥.

إمضاؤه فيه[1].

وهذه التعريفات كما هو واضح ليست بعيدة عن بعضها، فهي متفقة على أن القضاء في حقيقته فصل الخصومات، ولكن على وجه مخصوص؛ وبقيود مخصوصة تميزه عن معناه اللغوي **ومن هذه القيود**:

أ- أن هذا الفصل للخصومات يكون على سبيل الإلزام، وهذه خاصية تميزه عن الإفتاء؛ حيث لا إلزام فيه، كما سيأتي قريباً، وقد صرح بما يفيد ذلك كثير من الفقهاء كما تقدم في تعريفاتهم، والذين لم يذكروا ذلك في التعريف -كبعض الشافعية- صرحوا في مواضع أخرى بأن للقضاء خاصية الإلزام، وبتميزه عن الإفتاء بهذه الخاصية[2].

ب- وإن هذا الفصل يكون بواسطة الإخبار عن حكم الشارع في الوقائع المعروضة.

والأحكام الشرعية التي يعتمد عليها في فصل الخصومات يأخذها القاضي من مصادرها الشرعية وهي: الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد، فهذا هو القضاء الصحيح في شريعة الإسلام، وليس قضاء فصل الخصومات بغير أحكام اللّه المستقاة من مصادرها المعترف بها، حتى ولو رضي بها الخصوم من غير إجبار، **دل على هذا كتاب اللّه وسنة رسوله وإجماع المسلمين:**

- فإن اللّه تعالى أمر رسوله عليه الصلاة والسلام بالحكم بين الناس بما أنزل عليه فقال تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ، وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ، وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ، فَإِن تَوَلَّوْاْ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ، وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾ [المائدة:٤٩]، وقال تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ، وَلاَ تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيماً﴾ [النساء:١٠٥][3].

---

(١) مغني المحتاج: جـ٤ص٣٧٢ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٢) المرجع السابق.

(٣) وقوله تعالى:﴿ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاس﴾ أي لتقضي بين الناس فتفصل بينهم -انظر تفسير الطبري: جـ٩ص١٧٥.

- كما أن الله سبحانه أمر المؤمنين بالاحتكام إلى شرعه فقال عز من قـائل: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة:٤٤]، فمن أسس قضاءه على غير ما أنزل الله كان كافراً وقال أيضاً: ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً﴾ [النساء:٦٥]، وقد أفادت هذه الآية فيما أفادته أن من لم يرض بحكم رسول الله ﷺ لا يكون مؤمناً[١].

- وعلى هذا مضت سنة رسول الله ﷺ، وبه أمر أصحابه ممن عهد إليهم بالقضاء، وحديث معاذ بن جبل[٢] رضي الله عنه مشهور في هذا، وقد أقره عليه الصلاة والسلام على ما ذكره من مراجع يرجع إليها في حكمه وهي: الكتاب والسنة والاجتهاد، فيكون ذلك لازماً في كل قضاء.

- وعلى هذا مضى إجماع علماء المسلمين في العصور المشهود لها بالصلاح والهدى: فقد ورد أن الخليفة الأول أبا بكر الصديق[٣] رضي الله عنه كان إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله تعالى، فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به، وإن لم يكن في الكتاب، وعلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك الأمر سنة قضى به، فان أعياه خرج فسأل المسلمين وقال: أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله ﷺ قضى في ذلك قضاء، فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر عن رسول الله ﷺ قضاء فيقول أبو بكر رضي الله عنه: الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا، فإن أعياه أن يجد في سنة رسول الله ﷺ قضاء جمع رؤوس

---

(١) راجع تفسير هذه الآية في تفسير الطبري: جـ٨ص٥١٨، وما بعدها، وتفسير الرازي: جـ٣ص٣٥٣.

(٢) هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي أبو عبدالرحمن المدني، أسلم وهو ابن ثماني عشرة سنة وشهد بدراً والمشاهد، وكان ممن جمع القرآن توفي في طاعون عمواس سنة ١٨هـ- خلاصة التذهيب: ص٣٢٤.

(٣) هو عبدالله بن عثمان بن عامر التيمي ابوبكر بن أبي قحافة الصديق، أول الرجال إسلاماً، ورفيق سيد المرسلين في هجرته، شهد المشاهد كلها، وكان من أفضل الصحابة، وكان أبيض أشقر لطيفاً، قال رسول الله ﷺ (لا تبقين في المسجد خوخة إلا خوخة أبي بكر) توفي سنة ١٣هـ- خلاصة التذهيب: ص١٧٤، ١٧٥، والحديث المذكور رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري- انظر صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٥ص١٥١.

الناس وخيارهم فاستشارهم فان أجمع أمرهم على أمر قضى به[1].

وكان عمر[2] رضي اللّه تعالى عنه يفعل مثل ذلك، فإن أعياه أن يجد في القرآن والسنة حكم الحادثة نظر هل كان فيه لأبي بكر رضي اللّه عنه قضاء، فإن وجد أبا بكر قضى فيه بقضاء قضى به، وإلا جمع رؤوس المسلمين، فإذا اجتمعوا على أمر قضى به[3].

وهكذا فإن القضاء الصحيح لا يبتنى إلا على حكم مستخرج من الكتاب الكريم، أو مضت عليه السنة الشريفة، أو أجمع عليه علماء المسلمين، أو اقتضته روح الشريعة، وكل قضاء بني على ما يخالف ذلك فهو باطل عند اللّه وعند المؤمنين، وواجب عليهم الحيلولة دون وقوعه، وإزالة كل أثر له إن وقع.

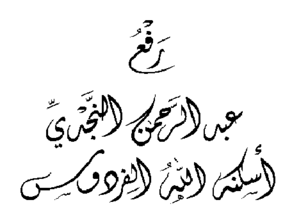
تلك هي العناصر التي ينبغي إظهارها في تعريف القضاء كفعل يقوم به القاضي، وبناء على ما تقدم يمكن تعريف القضاء بأنه **(فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الإلزام).**

---

(١) تاريخ القضاء -محمود عرنوس: ص١٩.

(٢) عمر بن الخطاب: ثاني الخلفاء الراشدين، وهو أحد فقهاء الصحابة وأحد العشرة المشهود لهم بالجنة، وهو أو من سمي أمير المؤمنين، شهد بدراً والمشاهد إلا تبوك، وولي أمر الأمة بعد أبي بكر رضي اللّه عنهما، وفتح في أيامه عدة امصار، استشهد في آخر سنة ٢٣هـ وهو ابن ٦٣سنة -خلاصة التذهيب: ص٢٣٩.

(٣) تاريخ القضاء- محمود عرنوس: ص١٩.



المبحث الثاني
في مقارنة بين القضاء والإفتاء

تعريف الإفتاء:

الإفتاء هو الإخبار عن حكم الشارع في أمر من الأمور[1]. فالمفتي إذا سئل عن حكم حادثة يستقرئ الأدلة، ويتبع مقتضياتها، ويخبر الخلائق بما ظهر له منها من غير زيادة ولا نقص. هذا إن كان المفتي مجتهداً، فإن كان مقلدا نظر في مذهب إمامه ونقل للسائل حكم الحادثة منه[2].

أوجه الوفاق بين القضاء والإفتاء:

يتضح مما تقدم أن القضاء والإفتاء فيهما إظهار لحكم الشارع في واقعة من الوقائع، فهما يشتركان في كونهما إخباراً عن الحكم .

كما يشتركان في أنهما مبنيان على إعمال النظر في الصور الجزئية، وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف، وتمييز ما يجب اعتباره من هذه الأوصاف وما لا يجب، وربط الحكم الشرعي بالمعتبر منها، فالقاضي والمفتي تعرض عليها الوقائع والقضايا، فينظران في أطرافهما ويطبقان ما يعلمانه أو يظنانه من الأحكام الشرعية على ما اكتشفاه من الأوصاف المعتبرة في تلك الوقائع، وبهذه الميزة يختلف كل من القاضي والمفتي عن الفقيه، وكل من القضاء

---

(١) انظر الانصاف: جـ١١ص١٨٦.

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام: ص٥.

والإفتاء عن الفقه: فإن الفقه هو مجرد العلم بالأحكام الشرعية بواسطة الرجوع إلى أدلتها، وليس فيه علم بالوقائع الجزئية، ولا تطبيق لتلك الأحكام عليها، وقد يكون بعض الناس بحراً في معرفة الأحكام الشرعية، ولكنه إذا ما سئل عن حكم واقعة من الوقائع الجزئية، أو طلب منه حسم النزاع في قضية أو خصومة وجدته يقف مكتوف اليدين عن الجواب وحل الإشكال، وفي مقابل ذلك نجد بعض الناس عارفاً في فصل الخصومات بين الناس وإن لم يكن له باع طويل في مختلف أبواب الفقه[1].

وجه الاختلاف بين القضاء والإفتاء:

يختلف القضاء عن الإفتاء بما يلي:

١- فبالرغم من أن القضاء والإفتاء يقومان -كما تقدم- على النظر في الجزئيات وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف لإعمال المعتبر منها، إلا أن طريق هذا الإدراك يختلف فيهما: فبينما نجد المفتي ينظر في الواقعة المعروضة عليه من قبل المستفتي، ويحللها ليستخرج منها الأوصاف المعتبرة، ويطبق عليها الأحكام الشرعية بعد استقراء الأدلة؛ فإنا نجد القاضي يعتمد على حجاج الخصوم من بينة أو إقرار أو غيرهما ليكتشف منها ما ينبغي اعتباره من الأوصاف وتطبيق الحكم الشرعي عليه. ولذلك احتاج القاضي لكي ينجح في إصابة الحق إلى كثير من الصفات التي قد لا يحتاجها المفتي من فراسة عظيمة ويقظة وافرة وقريحة باهرة وخبرة واسعة؛ لأن المفتي يأتيه المستفتي بقلب أسلم ونية أصفى من الخصوم حينما يأتون القاضي، وكثيراً ما يتعمدون إخفاء الواقع وتمويه الحجج، فطريق القاضي في اكتشاف ما ينبغي اعتباره من الأوصاف أصعب من طريق المفتي، ولذلك احتاج إلى تلك الصفات دون المفتي[2].

---

(١) مواهب الجليل: ج٦ص٨٧.

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام: ص٧.

٢- ويتميز القضاء عن الإفتاء بالإلزام بالحكم[1]: فالقاضي إذا جلس للقضاء وأصدر حكمه كان به ملزماً ولا مناص من تنفيذه على من صدر عليه؛ وذلك لأنه مقلد من السلطان ونائب عنه، فهو يستمد الولاية منه، وأما المفتي فإنه لا يلزم بفتواه أحداً، وإنما يخبر بها من استفتاه فحسب، فإن شاء قبل قوله وإن شاء تركه.

وبناء على ما تقدم فإن القضاء يختلف عن الإفتاء في أن فيه إنشاءً لأمر لم يكن موجوداً قبل صدوره؛ وذلك أن القاضي ينشئ الإلزام على الخصم، ويتعين على هذا الخصم فعل ما حكم به، وهذا التعين والإلزام لم يكونا موجودين قبل صدور حكم القاضي. بخلاف المفتي؛ فإن الواجب عليه إنما هو إتباع الأدلة بعد استقرائها، ويخبر المستفتي بما ظهر له منها من غير زيادة ولا نقص، فليس في عمله أي نوع إنشاء، فهو إخبار عن حكم الشارع فحسب[2].

وبناء على تميّز القضاء عن الإفتاء بالإلزام قال بعض العلماء: إن القضاء خطره أشد من الإفتاء، ولهذا جاء في القاضي من الوعيد والتخويف ما لم يأت نظيره في المفتي[3]: فقد ورد عن عائشة[4] رضي اللّه عنها أنه ذكر عندها القضاة فقالت: سمعت رسول اللّه ﷺ يقول (يؤتى بالقاضي العدل يوم القيامة، فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في تمرة قط)[5]، وقال عمر بن الخطاب رضي اللّه تعالى عنه: (ويل لديّانِ مَن في الأرضِ مِن ديّان

---

(١) اعلام الموقعين: جـ١ص٣٦، مغني المحتاج: جـ٤ص٣٧٢ طبعه الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام: ص٥.

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام: ص٥.

(٣) اعلام الموقعين: جـ١ص٣٦.

(٤) هي عائشة بن أبي بكر الصديق رضي اللّه عنهما أم عبداللّه الفقيهة، أم المؤمنين الربانية، حبيبة النبي ﷺ، كانت عالمة بالشعر، وتصوم الدهر، وقد روت عن رسول اللّه ﷺ ما يزيد عن ألفي حديث منها كثير في الصحيحين، توفيت سنة ٥٧هـ-انظر خلاصة تذهيب الكمال ص٤٢٥.

(٥) مسند الإمام أحمد: جـ١٥ص٢١٠، السنن الكبرى: جـ١٠ص٩٦، سبل السلام: جـ٤ص١٦٧ مطبعة محمّد علي صبيح، بمجمع الزوائد: جـ٤ص١٩٢ وجاء فيه: رواه أحمد واسناده حسن، والطبراني في الأوسط، وأخرجه ابن حبان في صحيحه -انظر نصب الراية: جـ٤ص٦٥، والتلخيص الحبير جـ٤ص١٨٤، وبلوغ الأماني : جـ ١٥ ص ٢١٠، ورواه العقيلي ـ التلخيص الحبير: جـ ٤ ص ١٨٤ ورواه أبو داود الطيالسي في مسنده -انظر بلوغ الأماني: جـ١٥ص٢١٠.

مَن في السماء يوم يلقونه، إلا مَن أمر بالعدل وقضى بـالحق و لم يقـض علـى هـوى ولا علـى قرابة ولا على رغب ولا رهب، وجعل كتاب الله مرآة بين عينيـه)[1]. وسـوف نذكـر قريبـاً كثيراً من الأحاديث التي تناولت هذا الموضوع.

٣- ويختلفان في ناحية أخرى ذكرها ابن قيم الجوزية[2]: وهي أن القاضي حكمه جزئـي خاص لا يتعدى إلى غير المحكـوم عليـه ولـه؛ بينمـا فتـوى المفـتي تكـون شـريعة عامـة تتعلـق بالمستفتي وغيره؛ فإن المفتي يفتي حكماً عاماً كلياً أن من فعل كذا ترتب عليه كذا، ومن قـال كذا لزمه كذا، والقاضي يقضي قضاء معيناً على شخص معين، فقضاؤه خاص ملزم، وفتوى العالم عامة غير ملزمة[3]، وكلاهما أجره عظيم وخطره كبير[4].

---

(١) اعلام الموقعين: جـ١ص٣٧.

(٢) ابن قيم الجوزية (٦٩١-٧٥١هـ): هو محمّد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي الدمشقي، أبو عبدالله شمس الدين، كان أبوه عالماً وقيماً علي الجوزية -مدرسة بدمشق- ومن هنا عرف بابن قيم الجوزية، تتلمذعلى كثير من العلماء أشدهم تأثيراً فيه استاذه ابـن تيميـة، فقـد نهـج منهجـه في محاربـة الإنحراف، ومن أشهر تلاميذه ابن كثير صاحب البداية والنهاية، وابن رجب الحنبلي، كان عالماً ورعـاً جريئا، أوذي وحبس أكثر من مرة، برع في التفسير وأصول الدين والحديث والفقه وأصوله، وبالعربية وعلم الكلام وغير ذلك، له مؤلفات كثيرة في مختلـف العلـوم منهـا: زاد المعـاد في هـدى خـير العبـاد، وإعلام الموقعين عن رب العالمين -انظر كتاب الذيل على طبقات الحنابلة لابـن رجـب جـ٢ص٤٤٧-٤٥٠.

(٣) ولا ينبغي أن يظن بأن هذا الفرق بين القاضي والمفتي يتناقض مع ما تقدم ذكـره مـن أنهمـا يتفقـان في أنهما مبنيان على النظر في الصور الجزئية، فهما وإن تشابها في بعض الطرق إلا أنهما يختلفان في الثمرة المترتبة على ذلك النظر: فالقاضي ينظر في الواقع ليلزم شخصاً معيناً، والمفتي ينظر فيه ليخبر عن حكـم الله المنطبق عليه، وكل حادثة مشـابهة ينطبـق عليهـا هـذا الحكـم، فبهـذا المعنـى يكـون الافتـاء عامـاً للمستفتي وغيره.

(٤) إعلام الموقعين: جـ١ص٣٨.

المبحث الثالث
في
مكان القضاء من الحكومة الإسلامية ومكانته بين وظائفها

أولاً: مكانه من الحكومة الإسلامية:

القضاء في الإسلام إحدى الوظائف التي تندرج تحت الخلافة التي هي نيابة عن صاحب الشرع في حفظ الدين وسياسة الدنيا به، فالخلافة أصل جامع لجميع الوظائف الدينية والدنيوية، والقضاء هو إحدى تلك الوظائف التي تتفرع عنها، والقاضي نائب عن الخليفة في بعض أعماله التي تدخل تحت ولايته العامة، وهو لا يكتسب الصفة القضائية إلا إذا عينه الخليفة بنفسه أو بواسطة من أجاز له ذلك.

ثانياً: مكانته بين وظائف الخلافة:

وأما مكانته المعنوية بين الوظائف التي يتكون من مجموعها الخلافة فهي أسمى مكانة، وغيره من وظائف الخلافة خادمة له: فالوزارات ساهرة على حفظ مقامه وصون حرمته، والخطابة وإمامة الصلاة تهذب النفوس حتى لا تقترف ظلماً، والحسبة تمهد السبيل أمام القاضي، والجيوش تسخر لحراسة العدل وتطبيق أحكام الشرع. وهكذا تجد كل الوظائف راجعة إليه، فهو المحور الذي يدور عليه نظام الحكومة، وهو كرئيس لها تسعى جميعها في خدمته.

ويدلك على شرفه أنه من وظائف الأنبياء عليهم الصلاة والسلام: فقد أثبت اللّه تعالى لآدم عليه السلام اسم الخلافة، فقال جل جلاله: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً، قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ

لَكَ، قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لاَ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٣٠]، وأثبت ذلك لداود عليه السلام فقال عز وجل: ﴿يادَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ، وَلاَ تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ ، إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُواْ يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ [ص:٢٦]، وبه أمر كل نبي مرسل، قال تعالى: ﴿ إِنا أَنزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُواْ لِلَّذِينَ هَادُواْ وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُواْ مِن كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُواْ عَلَيْهِ شُهَدَاءَ، فَلاَ تَخْشَوُاْ النَّاسَ وَاخْشَوْنِ، وَلاَ تَشْتَرُواْ بِآيَاتِي ثَمَناً قَلِيلاً ، وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤]. وقال أيضاً لخاتم أنبيائه عليه الصلاة والسلام: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ، فَإِن تَوَلَّوْاْ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾ [المائدة: ٤٩].

كما يدلك على رفعه شأنه وعظم قدره ما ورد في الشريعة وعلى ألسنة علمائها من بيان مكانته وفخامة أمره والحث على أدائه على وجه الاستقامة والتحذير الشديد من الظلم فيه، فقال الله تعالى في محكم كتابه: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [المائدة: ٤٢]، أي العادلين، وأي شرف يعدل محبة الله عز وجل. وجعله النبي ﷺ من النعم التي يباح الحسد عليها: فقد جاء من حديث ابن مسعود[1] رضي الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ قال «لا حسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالاً فسلطه على هلكته في الحق، وآخر آتاه الله الحكمة، فهو يقضي بها ويعمل بها»[2]، كما أخبر عليه الصلاة والسلام أن حكام العدل من الفائزين بالسبق إلى ظل الله يوم القيامة: فقد جاء من حديث عائشة

---

(١) هو عبدالله بن مسعود الهذلي أبو عبدالرحمن أحد السابقين الأولين، شهد بدراً والمشاهد، تلقن من النبي ﷺ سبعين سورة، وكان يشبه النبي ﷺ في هديه ودله وسمته، توفي بالمدينة سنة ٣٢هـ- خلاصة تذهيب الكمال: ص١٨١.

(٢) صحيح البخاري -انظر فتح الباري: جـ١٣ص١٠٣، السنن الكبرى: جـ١٠ص٨٨، حلية الأولياء جـ٢ص١٩٥، ورواه أحمد في مسنده وابن ماجة في سننه -راموز الأحاديث للكشميخناوي ص٤٨٠، ورواه مسلم بلفظ قريب عن سالم عن أبيه- مختصر مسلم ص٣٢١.

رضي اللّه تعالى عنها أنه ﷺ قال: «أتدرون من السابقون إلى ظل اللّه عز وجل يوم القيامة؟ قالوا: اللّه ورسوله أعلم، قال: الذين إذا أعطوا الحق قبلوه وإذا سئلوا بذلوه وحكموا للناس كحكمهم لأنفسهم»[1]، وفي الحديث الصحيح: «سبعة يظلهم اللّه في ظله يوم لا ظل إلا ظله: الإمام العادل، وشاب نشأ بعبادة اللّه، ورجل قلبه معلق في المساجد، ورجلان تحابا في اللّه اجتمعا عليه وتفرقا عليه، ورجل دعته امرأة ذات منصب وجمال فقال: إني أخاف اللّه، ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم يمينه ما تنفق شماله، ورجل ذكر اللّه خالياً ففاضت عيناه»[2]، فبدأ بالإمام العادل وقدمه على غيره؛ لما أن خيره يعم الأمة، وثمار عدله تشمل الجميع، فجعل من السابقين إلى ظل اللّه سبحانه، ولأن فضيلة العدل تحتاج للقيام بها إلى الصبر وكبح هوى النفس أكثر من غيرها، فكانت أول فضيلة، وصاحبها أسبق الناس إلى الاستظلال بظل اللّه عز وجل.

ومن أقوال العلماء قول مسروق بن الأجدع[3] رحمه اللّه «لأن أقضي بقضية فأوافق الحق احب إليّ من رباط سنة في سبيل اللّه»[4]، ولذلك أجمع العلماء على أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان باللّه تعالى، والقيام به من أشرف العبادات. ولهذا قال عمر رضي اللّه تعالى عنه: «القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة»[5] أي فرض مقطوع به ليس فيه احتمال نسخ ولا تخصيص ولا تأويل، وطريقة مسلوكة في الدين يجب اتباعها[6].

---

(١) مسند الإمام أحمد: جـ٥ص٢١١، حلية الأولياء: جـ١ص١٦، جـ٢ص١٨٧، وقال في بلوغ الأماني: أخرجه ابونعيم في الحلية وقال: تفرد به ابن لهيعة عن خالد، ورواه أبو العباس بن العاص في كتاب آداب القضاء له- بلوغ الأماني: جـ١٥ص٢١١.

(٢) ورد هذا الحديث عن أبي هريرة: انظر صحيح البخاري بحاشية السندي: جـ١ص١٧٠، وصحيح مسلم بشرح النووي جـ٧ص١٢٠،١٢١، ١٢٢ واللفظ له، والسنن الكبرى: جـ١٠ص٨٧، وسنن النسائي: جـ٨ص٢٢٢، ٢٢٣.

(٣) هو مسروق بن الأجدع الهمداني الكوفي الإمام القدوة، قال اسحق: حج مسروق فما نام إلا ساجداً على وجهه، وقال ابن المديني، صلى خلف أبي بكر: توفي سنة ٦٣هجرية - خلاصةتذهيب الكمال: ص٣١٩.

(٤) سنن الدارقطني: جـ٤ ص٢٠٥، السنن الكبرى: جـ ١٠ ص٨٩.

(٥) سنن الدارقطني، وقد رواه من طريقين -انظرهما في جـ٤ص٢٠٦، ٢٠٧، السنن الكبرى: جـ٤ص١٥٠، سبل السلام: جـ٤ص١٦٢، وقال الصنعاني: رواه أحمد.

(٦) المبسوط: جـ١٦ص٥٩.

والقضاء بالحق هو المخصوص بتلك المكانة، وذلك الشرف. وأما الظلم فهو من أعظم الفواحش، وبه وصف الله سبحانه الإشراك به فقال: ﴿وَإِذْ قَالَ لُقْمَانُ لابْنِهِ وَهُوَ يَعِظُهُ يا بُنَيَّ لاَ تُشْرِكْ باللَّهِ إنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ﴾ [لقمان:١٣]، حيث يؤدي إليه ، والقضاء به يستوجب غضب الله وعقابه، فقد قال الله تعالى: ﴿وَأَمَّا الْقَاسِطُونَ فَكَانُواْ لِجَهَنَّمَ حَطَباً﴾ [الجن:١٥]، أي الجائرون في الحكم، وقال رسول الله ﷺ «أن أحب الناس إلى الله يوم القيامة وأدناهم مجلساً منه إمام عادل، وأبغض الناس إلى الله وأبعدهم منه مجلساً إمام جائر»[١].

مكانة علم القضاء وتميزه عن الفقه:

ومن أجل ذلك كله كان علم القضاء من أجل العلوم، ولذلك أفرد بالتأليف، ودونت فيه الكتب الممتعة، وميز علم القضاء عن الفقه: فعلم القضاء هو العلم بكيفية الفصل في الخصومات، وتطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع التي ترفع إلى القاضي، وفي ذلك يقول ابن فرحون[٢]: «ولما كان علم القضاء من أجلِّ العلوم قدراً، وأعزّها مكاناً وأشرفها ذكراً ... كان الاعتناء بتقرير أصوله وتحرير فصوله من أجلّ ما صرفت له العناية.. ». ثم نقل عن الإمام مالك[٣] قوله: «كان الرجال يقدمون إلى المدينة من البلاد ليسألوا عن علم القضاء، وليس كغيره من العلوم، ولم يكن بهذه البلدة أعلم بالقضاء من أبي بكر عبدالرحمن كان

---

(١) ورد عن أبي سعيد الخدري -انظر الجامع الصحيح: جـ٣ ص٦١٧، وقال الترمذي حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه. والسنن الكبرى جـ١٠ ص٨٨.

(٢) صاحب التبصرة هو إبراهيم بن فرحون قاضي المدينة المنورة، له تآليف كثيرة من أحسنها التبصرة والديباج، توفي سنة ٧٩٩هـ- انظر الطريقة المرضية: ص٧ طبع مطبعة الإرادة- الطبعة الثانية.

(٣) هو إمام دار الهجرة مالك بن أنس بن أبي عامر بن عمرو بن غيمان بن خثيل بن عمرو بن الحارث وهو ذو اصبح، وذواصبح من قحطان، وأبو عامر بن عمر وجد أبي مالك من أصحاب رسول الله ﷺ شهد المغازي كلها خلا بدراً وابنه مالك جد مالك كنيته أبو انس من كبار التابعين. وقد اختلف في مولد الإمام اختلافاً كثيراً والأشهر انه سنة ٩٣. وروى عن مالك جماعة من شيوخه والمعاصرين له ممن هو اسن منه، وشهد له بالإمامة شيوخه ومعاصروه واثنوا عليه كثيراً، له مؤلفات أشهرها، الموطأ، وقد اقترح عليه تأليفه أبو جعفر المنصور، ومناقب الإمام خصت بالتأليف، توفي رضي الله عنه سنة ١٧٩هـ- خلاصةتذهيب الكمال: ص٣١٢، الطريقة المرضية ص٢٥- الطبعة الثانية.

قاضياً لعمر بن عبدالعزيز[1]، وكان قد أخذ شيئاً من علم القضاء من إبان[2] بن عثمان، وأخذ ذلك إبان عن أبيه عثمان بن عفان[3] رضي الله عنهما» ثم قال: ودليل قول مالك: أن علم القضاء ليس كغيره من العلوم قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ . فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلاًّ آتَيْنَا حُكْماً وَعِلْماً وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ﴾ [الأنبياء:٧٨،٧٩]، فأثنى سبحانه وتعالى على داود باجتهاده في الحكم، وأثنى على سليمان باجتهاده وفهمه وجه الصواب، وروى عن الحسين[4] رضي الله عنه في قوله تعالى: ﴿وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ﴾ [ص:٢٠]، قال: هو علم القضاء)، ثم قال (ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن فقه فروع المذهب؛ لأن علم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع الجزئيات، وغالب تلك المقدمات لم يجر لها في دواوين الفقه ذكر، ولا أحاط بها الفقيه خبراً، وعليها مدار الأحكام، والجاهل بها يخبط خبط عشواء في الظلام...)[5].

وقد أشار رسول الله ﷺ إلى تميز علم القضاء عن الفقه بقوله صلوات الله عليه: (أقضاكم علي[6]، وأعلمكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل)[7]؛ فقد أخبر عليه الصلاة والسلام أن علياً كرم الله وجهه أعلم الصحابة بكيفية الفصل في خصومات الناس، وأقدرهم

---

(١) هو عمر بن عبدالعزيز بن مروان بن الحكم الأموي أبو حفص الحافظ امير المؤمنين. قال ميمون بن مهران: ما كانت العلماء عند عمر إلا تلامذة، ولما جاء نعيه قال الحسن البصري: مات خير الناس. فضائله كثيرة رضي الله عنه. مات سنة ١٠١هـ - خلاصة تذهيب الكمال: ص٢٤١.

(٢) هو ابان بن عثمان بن عفان الأموي أبو سعيد أو أبو عبدالله المدني، قال القطان: فقهاء المدينة عشرة منهم ابان، مات سنة ١٠٥هـ- خلاصة تذهيب الكمال: ص١٣.

(٣) هو عثمان بن عفان الأموي أبو عمرو المدني ذو النورين وامير المؤمنين، وجهز جيش العسرة وأحد العشرة المبشرين بالجنة، هاجر الهجرتين، قتل في السابع من ذي الحجة يوم الجمعة سنة ٣٥هـ - خلاصة تذهيب الكمال: ص٢٣١.

(٤) هو الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي، سبط رسول الله ﷺ وأخو الحسن. ولد سنة أربع، واستشهد بكربلاء من أرض العراق يوم عاشوراء سنة ٦١هـ عن ٥٧سنة- خلاصة تذهيب الكمال: ص٧١.

(٥) تبصرة الحكام: جـ١ص٥، ٦، وانظر في تمييز علم القضاء عن الفقه مواهب الجليل: جـ٦ص٨٦.

(٦) هو علي بن أبي طالب عبد مناف بن عبدالمطلب الهاشمي، أبو الحسن ابن عم رسول الله ﷺ وختنه على بنته، أمير المؤمنين، أول من أسلم من الصبيان. استشهد سنة ٤٠هـ- خلاصة تذهيب الكمال: ص٢٣٢.

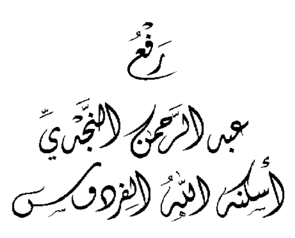
(٧) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ص٦.

على اكتشاف الحق من أحوال الخصوم وحججهم، وأن معاذ بن جبل أفقه الصحابة، أي أعلمهم بالحلال والحرام من أفعال الناس وأقوالهم[1].

---

(١) انظر الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام: ص٦.
هذا ولعظم قدر وظيفة القضاء وعلمه بين مختلف الوظائف والعلوم، كان للقضاة أعظم مكانة في الهيئة الاجتماعية بعد منصب الإمامة العظمى، فقد كان الخلفاء يحرصون على اختيار أفضل الناس علماً وخلقاً في منصب القضاء، وكانوا يعظمونهم ويكرمونهم، وكان هذا في مختلف العهود التي التزم أهلها بالإسلام نظاماً للحياة:
فأما في عهد الراشدين فنرى الإمام علياً كرم الله وجهه يقول في عهده للاشتر لما ولاه مصر (واختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك في نفسك واعطه من المنزلة لديك مالا يطمع فيه غيره من خاصتك ليأمن بذلك اغتيال الرجال له عندك).
وكذلك في العهود الإسلامية الأخرى كان للقضاة منزلتهم وجلالهم، ومن ذلك ما قاله المقريزي عن القاضي أبي يوسف وغيره : فقد ذكر (لما قام هرون الرشيد ولي الخلافة ولي القضاء أبا يوسف يعقوب بن إبراهيم، فلم يقلد ببلاد العراق وخراسان والشام ومصر إلا من أشار به القاضي أبو يوسف واعتنى به، ولما قام بالأندلس الحكم المرتضى اختص بيحيى بن يحيى بن كثير، فنال من الرياسة والحرمة ما لم ينله غيره). وبلغ يحيى بن اكثم في دولة المأمون مثل ما بلغ أبويوسف في دولة أبيه الرشيد، بل بلغ رتبة الوزارة على رواية كثير من المورخين. وكذلك قاضي المعتصم أحمد بن أبي داود كان له الاحترام الوافر والمكانة العظيمة.
وكان لقضاة الأندلس من الحرمة والمكانة أكثر مما ذكر حتى على الملوك أنفسهم، فقد كان المنذر بن سعيد المولود سنة ٢٧٣هـ المتوفي سنة ٣٥٥هـ قاضي قرطبة يواجه الناصر بما لا يمكن ان يحتمله من سواه. فمن ذلك أنه دخل على الناصر مرة وهو في قبة جعل قرمدها من ذهب وفضة، واحتفل احتفالاً ظن أنه لم يصل إليه أحد من الملوك، فقام المنذر خطيباً في حفل حافل وتلا قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا أَن يَكُونَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً لَّجَعَلْنَا لِمَن يَكْفُرُ بِالرَّحْمَٰنِ لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا مِّن فِضَّةٍ وَمَعَارِجَ عَلَيْهَا يَظْهَرُونَ﴾ [الزخرف:٣٣] وذكر كلاماً وجم منه السلطان، ولم يسعه إلا احتمال منذر لعظيم قدره في علمه ودينه.
ومن ذلك ما وقع للقاضي شرف الدين محمد بن عبدالله الاسكندراني المعروف بابن عين الدولة: فقد شهد امامه الملك الكامل في حادثة فقال له القاضي: إن السلطان يأمر ولا يشهد، ففهم الملك أن القاضي لا يقبل شهادته فقال له: أنا أشهد تقبلني أم لا؟ فقال له القاضي: لا أقبلك، وكيف أقبلك وعجيبة (مغنية كانت تغني السلطان) تطلع عليك بجنكها كل ليلة، وتنزل ثاني يوم وهي تتمايل سكرى على أيدي الجواري؟ فقال له السلطان: يا كيواج (كلمة سب فارسية)، قال الشيخ: اشهدوا على أني عزلت نفسي عن القضاء، وترك المجلس مغضباً، فقال بعض محبي السلطان: المصلحة اعادته لئلا يقال لأي شيء عزل القاضي وتطير الأخبار إلى بغداد ويتسع أمر عجيبة، فنهض السلطان إلى القاضي وترضاه فعاد إلى القضاء.
وحكم مرة الشيخ عز الدين بن عبدالسلام قاضي مصر بهدم بناء بناه فخر الدين أستاذ دار الملك =

الصالح وأسقط عدالته، فلم يعن فخر الدين بهذا الحكم، واتفق ان جهز السلطان رسولاً من عنـده إلى الخليفة المستعصم ببغداد، ولما وصل الرسول أدى الرسالة فقال له الخليفة: هل سمعت هذه الرسالة من السلطان؟ فقال: لا، ولكن حملنيها استاذ داره فخر الدين، فقال الخليفة: أن المذكور أسقط عدالته ابـن عبدالسلام، فنحن لا نقبل روايته، فرجع الرسول إلى السلطان حتى شافهه بالرسالة، ثم عاد إلى بغـداد وأداها-انظر ذلك كله في كتـاب تـاريخ القضـاء- محمـود عرنـوس: ص١٢١-١٢٤ . وهكـذا كـان الأئمة يعرفون مكانة القضاء والقضاة، ولا يولون هذا المنصب إلا لمن يستطيع أن يصونـه مـن الأهـواء والإنحراف، وبذلك انتشر العدل، واندحر الظلم. وما من أمة عمها الظلم إلا وكـان مرجـع ذلـك إلى إذلال القضاء والقضاة.



المبحث الرابع
في حكمة القضاء

وإنما كان القضاء في تلك المكانة وذلك الشرف؛ لأنه به يظهر العدل، وبالعدل قامت السموات والأرض. وهو أساس العمران، ولا رجاء لتأليف أمة وتغاضدها وتكوين وحدتها إلا بالعدل والأمن على الحقوق، وهو أقوى دعامة لاستتباب الأمن واستقرار النظام، وخير أسباب الصفاء والوئام، لأن به توضع الحقوق في مواضعها الصحيحة، فتمحى من النفوس الضغينة، ويملأها الثقة والرضا، وهو الطريق الوحيد لارتقاء الأمم، لأن به توضع الكفاءات في أماكنها السليمة، فتكون أكثر إنتاجاً وأعظم فائدة.

ثم إنه أرقى مظاهر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو الذي به كانت أمة الإسلام خير أمة أخرجت للناس حيث قال الله عز وجل: **﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ، وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْراً لَهُمْ مِنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ﴾** [آل عمران: ١١٠](١).

ولأنه به يرفع الظلم، وهذا مما يدعو إليه عقل كل عاقل؛ لأن الظلم سبب انحلال الأمم بما يورثه من الضغائن والأحقاد، وانحطاطها وتأخرها، لما يؤدي إليه من وضع الحقوق والمناصب في غير أهلها، وإهدار حرمتها، مما يربي في الناس حب الكسل، والعزوف عن تحصيل المنافع، فيقل الإنتاج في جميع المجالات، فتؤول إلى الاضمحلال والخراب.

---

(١) وقد قال الطبري في معنى قوله تعالى: ﴿تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ أي تأمرون بالإيمان بالله وبرسوله، والعمل بشرائعه -انظر تفسير الطبري: ج٧ص١٠٥، ولا شك أن القضاء بالحق، وهو ما أمر به الله من العمل بشرائعه سبحانه.

المبحث الخامس
في
مشروعية القضاء وحكمه بالنسبة لجماعة المسلمين

اتفق الفقهاء على أن القضاء فرض على الأمة، واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول(١):

أولاً: فأما الكتاب ففيه الكثير من الآيات الكريمة التي توجب القضاء بين الناس بالحق منها: قوله تعالى: ﴿ يا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلاَ تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ . إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُواْ يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ [ص:٢٦].

وقوله تعالى:﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ ، إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ، إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً﴾ [النساء:٥٨].

وقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ، فَإِن تَوَلَّوْاْ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ، وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾ [المائدة:٤٩].

وقوله تعالى: ﴿فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ ، إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [المائدة:٤٢].

وقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلاَ تَكُنْ

---

(١) بدائع الصنائع: ج٧ص٢،المغني لابن قدامة: ج٩ص٣٤.

لِلْخَائِنِينَ خَصِيماً﴾ [النساء:١٠٥].

وقوله تعالى مخاطباً رسوله الكريم عليه الصلاة والسلام ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً﴾ [النساء:٦٥].

ففي هذه الآيات الكريمة أمر صريح بوجوب الحكم بين الناس بشرع الله. هذا بالإضافة إلى غيرها من الآيات التي يحث فيها الله سبحانه المؤمنين على إقامة العدل ورفع الظلم، بل إن الله سبحانه وتعالى بين لنا في كتابه الكريم أن الغاية من إرسال الرسل وإنزال الكتب السماوية تحقيق أمرين عظيمين هما:

الأمر الأول: هداية الناس وإخراجهم من الظلمات إلى النور كما صرح بذلك أكثر من آية من آيات القرآن الكريم مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا نُرْسِلُ الْمُرْسَلِينَ إِلاَّ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ فَمَنْ آمَنَ وَأَصْلَحَ فَلاَ خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلاَ هُمْ يَحْزَنُونَ﴾ [الأنعام:٤٨].

الأمر الثاني: نشر العدالة ومنع الظلم ونشر الأمن والطمأنينة بين الناس، وفي هذا يقول الله عز وجل: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ، وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ، وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾ [الحديد:٢٥]. واهم وأجدى وسيلة لتحقيق هذا الهدف العظيم هو القضاء، ومعلوم أن ما ترتب عليه واجب يكون واجباً.

ثانياً: وأما السنة: فقد ثبت أن رسول الله عليه الصلاة والسلام تولى القضاء بنفسه وكان ذلك تنفيذاً لأمر الله سبحانه بالحكم بين الناس بالحق، فكما كان عليه الصلاة والسلام مأموراً بالدعوة والتبليغ فقد كان مأموراً بالحكم بين الناس؛ حيث قال عز وجل: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة:٤٩].

فأما توليه عليه الصلاة والسلام القضاء بنفسه، فإن كتب السنة زاخرة بأقضيته عليه السلام في جميع نواحي الحياة مما يتعلق بالأسرة والشؤون المدنية والجنايات **والعقوبات**

وغيرها ومن ذلك[1]:

١- ما ورد عن أم سلمة هند[2] زوج النبي ﷺ أنها قالت: جاء رجلان يختصمان في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة فقال رسول اللّه ﷺ : «إنكم تختصمون إلى رسول اللّه، وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، وإنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها إسطاطاً[3] في عنقه يوم القيامة»، فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما: حقي لأخي، فقال رسول اللّه ﷺ : «أما إذا فقوما فاذهبا فلتقتسما، ثم توخيا الحق، ثم استهما، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه»[4].

---

(١) وقد جمع العلماء كثيراً من أقضية رسول اللّه ﷺ في مؤلفات خاصة منها كتاب (آفاق الشموس واعلاق النفوس) الذي ألفه العالم أحمد عبدالصمد الغرناطي سنة ٥٨٠هـ، إذ يقول عنه محمّد بن الحسن الحجوي الفاسي صاحب كتاب «الفكر السامي»: إنه ألف في الأقضية النبوية ثمانين وخمسمائة كتاباً هي التي أطلق عليها اسم «آفاق الشموس واعلاق النفوس»- الفكر السامي: جـ١ص١٠٢. وألف أيضاً في هذا الباب الشيخ ظهير الدين علي بن عبدالعزيز بن عبدالرزاق المرغيناني الحنفي المتوفى سنة ٥٠٦هـ واسم كتابه «اقضية الرسول عليه الصلاةوالسلام»- كشف الظنون جـ١ ص١٣٠، والف فيه أيضاً العلامة المحدث عبداللّه محمّد بن فرج المالكي القرطبي كتاباً سماه (أقضية الرسول ﷺ).

وقد عني ابن القيم أيضاً في كتابه «أعلام الموقعين» بذكر جانب من أقضية رسول اللّه ﷺ. وكذلك صاحب كتاب «كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال» ذكر جانباً من أقضيته عليه الصلاة والسلام أورد بعضها في كتاب الخلافة والإمارة وجانباً آخر في أبواب متفرقة من مؤلفه -انظر كتاب تاريخ القضاء في الإسلام- الدكتور أحمد البهي: ص٧٤، ٧٥.

(٢) أم سلمة: هي هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبداللّه بن عمر بن مخزوم القرشية المخزومية، أم المؤمنين، توفيت سنة ٥٩هـ، وهي آخر أمهات المؤمنين وفاة -انظر خلاصة تذهيب الكمال: ص٤٢٧.

(٣) الاسطاط: المسعار الذي يحرك به النار.

(٤) هذا الحديث ورد بروايات متقاربة في معظم كتب السنة بعضها ذكر القصة بكاملها وبعضها اقتصر على كلام رسول اللّه ﷺ واللفظ المذكور لأبي داود- انظر الموطأ ص٤٨٨، البخاري مع فتح الباري: جـ١٣ص١٣٤، مسلم مع النووي: جـ١٢ص٤، ٥، ومسند الإمام أحمد: جـ٥، ص٢١٤، ٢١٥، وسنن أبي داود: جـ٣ص٤١٠، والجامع الصحيح: جـ٣ص٦٢٤، وقال الترمذي: حسن صحيح، وسنن النسائي: جـ٣ص٢٣٣، وسنن ابن ماجة: جـ٢ص٧٧٧، وحلية الأولياء: جـ٣ص٢٢٥، والسنن الكبرى: جـ١٠ص١٤٩، وبدائع المنن: جـ٤ص٢٣٣،والمنتقى لابن الجارود: ص٤٤٤، ٤٤٥ وإحكام الأحكام لابن دقيق العيد: جـ٤ص١٦٥، وسبل السلام ص٤٢١.

٢- وورد في قضائه عليه الصلاة والسلام فيما يتعلق بأمور النكاح من طلاق وتفريق وخلع ورجعة ونفقة وحضانة وغيرها أحاديث كثيرة منها:

أ- إن حبيبة بنت سهل[١] جاءت إلى رسول الله ﷺ ، وكانت تحت ثابت بن قيس بن شماس[٢]، وأعلنت أنها لا تريد البقاء مع زوجها، وأنها في مقابل ذلك ترد ما أعطى، فاستحضره رسول الله ﷺ وقال له: خذ منها، فأخذ منها وجلست في أهلها[٣]، وكان هذا أول خلع في الإسلام.

ب- وقضى رسول الله ﷺ في امرأة أسلمت وتزوجت بغير زوجها الذي بقي على الكفر بردها بعد إعلان إسلامه: فقد ورد عن ابن عباس[٤] رضي الله عنهما أنه قال: أسلمت امرأة على عهد رسول الله ﷺ فتزوجت، فجاء زوجها إلى النبي ﷺ: فقال: يا رسول الله: إني قد أسلمت وعلمت بإسلامي فانتزعها رسول الله ﷺ من زوجها الآخر وردها إلى زوجها الأول[٥].

جـ- وقضى رسول الله ﷺ فيمن تزوج بكراً فوجدها حبلى بالتفريق بينها وبينه، ولها

---

(١) هي حبيبة بنت سهل بن ثعلبة النجارية، صحابية وروت عنها عمرة بنت عبدالرحمن-خلاصة تذهيب الكمال ص٤٢١.

(٢) هو ثابت بن قيس بن شماس الأنصاري الخزرجي الخطيب من كبار الصحابة، وصح في مسلم أنه من أهل الجنة، شهد أحداً وما بعدها، قتل يوم اليمامة سنة١٢هـ- انظر خلاصة تذهيب الكمال: ص٤٨.

(٣) الموطأ بسنده عن عمرة بنت عبدالرحمن عن حبيبة بنت سهل ص٣٤٨،٣٤٩- كتاب الشعب، البخاري بحاشية السندي عن ابن عباس: جـ١٣ص١٧٨، سنن أبي داود مع معالم السنن جـ٣ص٢٥٤، سنن ابن ماجة: ص١٤٩ طبع حجر، الدارمي جـ٢ص٨٥، بدائع المنن: جـ٢ص٣٨٢، سبل السلام: جـ٣ص٢٢٢، ٢٢٣، المنتقى لابن الجارود: ص٣٤٣، موارد الظمآن: ص٣٢٢. ورواه أبو نعيم والبزار عن عمر -التلخيص الحبير: جـ٤ص٢٠٤، وصححه ابن حبان وابن خزيمة تحقيق المدني على سنن الدارمي: جـ٢ص٨٥.

(٤) هو عبدالله بن عباس بن عبدالمطلب الهاشمي، ابن عم النبي ﷺ وصاحبه وحبر الأمة وفقيهها وترجمان القرآن. كان عمر يستشيره ويدعوه للمعضلات. مات سنة ٦٣هـ -خلاصة تذهيب الكمال: ص١٧٢.

(٥) رواه أبو داوود- انظر معالم السنن: جـ٣ص٢٥٨، المنتقي لابن الجارود: ص٣٤٨.

المهر بما استحل من فرجها[1].

د- ومن قضائه عليه الصلاة والسلام فيما يتعلق بالنفقة ما ورد عن فاطمة بنت قيس[2] أنها خاصمت زوجها بعد أن طلقها ثلاثاً إلى رسول اللّه ﷺ في السكنى والنفقة فلم يجعل لها ذلك[3].

هـ- ومن قضائه عليه الصلاة والسلام فيما يتعلق بالحضانة ما ورد عن ابن عمر[4] رضي اللّه تعالى عنه أن امرأة طلقها زوجها وأراد أن ينتزع منا ولدها فجاءت إلى رسول اللّه ﷺ وقالت: يا رسول اللّه، كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، أراد أبوه أن ينزعه مني، فقال رسول اللّه ﷺ (أنت أحق به ما لم تتزوجي)[5].

٣- وأما قضاؤه عليه الصلاة والسلام في الحدود والقصاص والجنايات فكثير منه:

أ- أن رجلاً جاء رسول اللّه ﷺ فقال: إن ابني كان عسيفاً على هذا، فزنى بامرأته، فافتديت منه بمائة شاة وخادم، وإني سألت رجالاً من أهل العلم، فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم، فقال النبي عليه الصلاة والسلام: (والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب اللّه: المائة والخادم رد عليك، وعلى ابنك جلد مائة

---

(١) هذا الحديث مرسل عن سعيد بن المسيب -انظر سنن أبي داود: جـ١ص٢٩٧- طبع الهند.

(٢) هي فاطمة بنت قيس الفهرية، صحابية، من المهاجرات الأول -خلاصة تذهيب الكمال: ص٤٢٦.

(٣) الموطأ: ص٣٥٩ -كتاب الشعب، مسلم مع النووي: جـ١٠ص٩٥، ٩٦، ٩٧، الجامع لصحيح: جـ٣ص٤٨٤، ٤٨٥، وقال عنه الترمذي: حسن صحيح، أبو داود مع معالم السنن: جـ٣ص٢٨٤، سنن ابن ماجة: ص١٤٨، طبع حجر، سنن الدارقطني: جـ٤ ص٢٥، ٢٦، سنن الدارمي: جـ٢ص٨٧، بدائع المنن: جـ٢ص٤١٤، ٤١٥.

(٤) هو عبداللّه بن عمر بن الخطاب العدوي، هاجر مع أبيه وشهد الخندق وبيعة الرضوان، وكان إماماً متيناً واسع العلم كثير الأتباع وافر النسك كبير القدر متين الديانة عظيم الحرمة، مات سنة ٧٤هـ- انظر خلاصة تذهيب الكمال: ص١٧٦.

(٥) سنن أبي داود مع معالم السنن: جـ٣ص٢٨٢، وقال في التلخيص الحبير جـ٤ص١٠، ١١: رواه أحمد والبيهقي والحاكم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

وتغريب عام، واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها)[1].

ب- وفيما يتعلق بالسرقة ورد أن صفوان بن أمية[2] قيل له: من لم يهاجر هلك، فقدم صفوان المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه، فجاء سارق فأخذ رداءه، فجاء به صفوان إلى رسول الله ﷺ، فأمر عليه الصلاة والسلام أن تقطع يده، فقال: صفوان: إن لم أرد هذا يا رسول الله، هو عليه صدقة، فقال رسول الله ﷺ: «فهلا قبل أن تأتيني به»[3].

جـ- ومما جاء في القصاص أن ابنة النضر أخت الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فأمر بالقصاص، فقالت أم الربيع: يا رسول الله أيقتص من فلانة؟ والله لا يقتص منها، فقال النبي ﷺ: «سبحان الله يا أم الربيع، القصاص في كتاب الله»، قالت: والله لا يقتص منها أبداً، فما زالت حتى قبلوا الدية[4].

٤- ومن قضائه عليه الصلاة والسلام في حقوق الارتفاق ما ورد أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير[5] رضي الله عنه إلى رسول الله ﷺ في سقي نخل له، وكانت أرض الزبير أقرب إلى الماء من أرض خصمه، فقال رسول الله ﷺ للزبير (اسق أرضك، ثم أرسل الماء إلى أرض

---

(١) ورد هذا الحديث عن أبي هريرة وزيد الجهني- انظر البخاري بفتح الباري: جـ١٣ص١٥٧، ١٥٨، ومسلم بشرح النووي: جـ١١ص٢٠٦، ٢٠٧، سنن النسائي: جـ ٨ ص٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، سنن أبي داود مع معالم السنن: جـ٣ص٣٢٣، سنن ابن ماجة: ص١٨٦- طبع حجر، الموطأ: ص٥١٤- كتاب الشعب، سنن الدارمي: جـ٢ص٩٨، بدائع المنن: ص٢٨٤، ٢٨٥، المنتقى لابن الجارود: ص٣٧٢.

(٢) هو صفوان بن أمية بن خلف بن وهب القرشي، من مسلمة الفتح، وكان من المؤلفة قلوبهم، أعار النبي ﷺ يوم حنين سلاحاً كثيراً مات سنة ٤١هـ -انظر خلاصة تذهيب الكمال: ص١٤٧.

(٣) الموطأ: ص٥٢١ -كتاب الشعب (وقد رواه الإمام مالك مرسلاً)، بدائع المنن، جـ٢ص٢٧٩، سنن الدارقطني: جـ٣ص٢٠٤، ٢٠٥، سنن الدارمي: جـ٢ص٩٣، ٩٤، المنتقى لابن الجارود: ص٣٨٠، ٣٨١.

(٤) هذا الحديث مروي عن أنس -انظر صحيح البخاري بحاشية السندي: جـ٤ص١٢٩، صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١١ص١٦٢، ١٦٣، ومسند أحمد بالفتح الرباني جـ١٦ص٤٠، النسائي: جـ٨ص٢٦، ٢٧، سنن أبي داود: جـ٤ص٢٧٤ مطبعة السعادة -طبع سنة ١٩٥٠.

(٥) هو الزبير بن العوام بن خويلد الأسدي، حواري رسول الله ﷺ وابن عمته صفية بنت عبدالمطلب وأحد العشرة السابقين، وأحد البدريين، وأول من سل سيفاً في سبيل الله، هاجر الهجرتين، وشهد المشاهد كلها، توفي سنة ٣٦هـ بعد منصرفه من وقعة الجمل- خلاصة تذهيب الكمال: ص١٠٣.

جارك)، فقال الرجل: لأجل أنه ابن عمتك، فتلون وجه رسول اللّه ﷺ وقال للزبير (اسق ثـم احبس الماء حتى يبلغ الجدر)[1].

فهذه نماذج قليلة من أقضية رسول اللّه ﷺ، وكتب السنة زاخرة بغيرهـا، ويستفاد منهـا جميعاً أن أول قاض في الإسلام هو النبي صلوات اللّه وسلامه عليه وأن القضاء مـن سننه الواجبة الإتباع.

هذا وكما تولى النبي عليه الصلاة والسلام القضاء بنفسه ولاه لغيره من الصحابة رضـوان اللّه عليهم، في حضرته أحياناً ليعلمهم كيفية القضاء بين الناس وأصوله، وفي الأمصار البعيـدة ليفصلوا في خصومات الناس البعيدين عنه بعد أن يعلمهم ويختبرهم: وقـد ورد عـن مسـروق رحمه اللّه قوله: كان أصحـاب القضـاء مـن أصحـاب رسـول اللّـه ﷺ ستة[2]: عمـر وعلـي وعبداللّه بن مسعود وأبي بن كعب[3] وزيد بن ثابت[4] وأبو موسـى الأشـعري[5]. وأمـا مـا ورد من حديث ابن عمر رضي اللّه عنهما انه قال: ما اتخذ رسـول اللّـه ﷺ قاضيـاً ولا عمـر حتى كان في آخر زمانه قال ليزيد ابن أخت نمير: اكفني بعض الأمور[6]، فـلا يـدل علـى أن

---

(١) هذا الحديث مروي عن عبداللّه بن الزبير - انظر صحيح البخاري بحاشية السندي: جـ٢ص٣٥، سـنن النسـائي: جـ٨ص٢٣٨، ٢٣٩، سنن أبي داود مع معـالم السـنن جـ٤ص١٨١، السـنن الكـبرى: جـ١٠ص١٠٦، المنتقى لابن الجارود: ص٤٥٤.

(٢) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: جـ١ص١٢٢ الربع الأول.

(٣) هو أبي بن كعب بن قيس الأنصاري الخزرجي المدني سيد القراء، من كتاب الوحي، وشهد بدراً ومـا بعدها، وكان ممن جمع القرآن وله مناقب جمة رحمه اللّه تعالى، توفي سنة ٢٠ أو ٢٢ أو ٣٠ أو ٣٢ أو ٣٣ -خلاصة التذهيب: ص٢١.

(٤) هو زيد بن ثابت بن الضحاك النجاري المدني كاتب الوحي وأحد نجباء الأنصار، شهد بيعـة الرضـوان وقرأ على النبي ﷺ وجمع القرآن في عهد الصديق، وولي قسم غنائم اليرموك. قال يحيـى بـن سـعيد: لمـا مـات زيد قـال أبـو هريرة: مـات خير الأمـة. تـوفي سـنة ٤٥ أو ٤٨، أو ٥١- خلاصـة التذهيـب ص١٠٨.

(٥) هو عبداللّه بن قيس بن سليمان الأشعري أبو موسى، هـاجر إلى الحبشـة، ولي الكوفـة لعمـر والبصـرة، فتح على يديه عدة امصار، توفي سنة ٤٢هـ- خلاصة التذهيب: ص١٧٨.

(٦) رواه أبو يعلى، ورجاله رجال الصحيح، وروى الطبراني ما يقـرب منـه بسـند جيـد عـن السـائب بـن يزيد-مجمع الزوائد جـ٤ص١٩٦.

رسول الله ﷺ لم يعهد إلى أحد من أصحابه بالفصل في الخصومات مطلقاً، وإنما يجب حمله على أنه عليه الصلاة والسلام لم يجعل أحداً من صحابته مختصاً بفصل الخصومات بين الناس، ليس له عمل غير ذلك. وذهب البعض إلى أنه يحمل على أنه عليه الصلاة والسلام لم يستقض أحداً بحضرته في المدينة[1]؛ وذلك لكثرة الأحاديث والآثار الدالة على أنه ﷺ كان يبعث أصحابه إلى الأمصار **ولاة وقضاة منها:**

١- ما ورد عن علي عليه السلام أنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: «إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»، فما زلت قاضياً أو ما شككت في قضاء بعد[2].

٢- وورد عن أناس من أصحاب معاذ عن معاذ رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ لما بعثه إلى اليمن، قال: كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بما في كتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله؟ قال: اجتهد رأيي ولا آلو[3]، قال فضرب رسول الله ﷺ صدري ثم قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله ﷺ[4].

---

(١) انظر الفكر السامي: جـ١ ص١٢٢.

(٢) مسند الإمام أحمد: جـ١٥ص٢٠٨، الجامع الصحيح: جـ٣ص٦١٨، سنن أبي داود: جـ٣ص٤٠٩، سنن ابن ماجة: جـ٢ص٧٧٤، السنن الكبرى: جـ١٠ص٨٦، مصابيح السنة: جـ١٢ص٥٠، ورواه اسحق بن راهويه وأبو داود الطيالسي في مسانيدهم، ورواه الحاكم في المستدرك في كتاب الفضائل وقال: حديث صحيح الإسناد، ورواه البزار في مسنده، وأخرجه ابن حبان في صحيحه -انظر نصب الراية: جـ٤ص٦١، ٦٢.

(٣) أي أبذل غاية جهدي لا أقصر في ذلك.

(٤) معظم روايات هذا الحديث لم يذكر فيها اسم الراوي عن معاذ بن جبل، ولذلك عده كثير من أهل الحديث مرسلا، ونقل ابن قيم الجوزية عن ابي بكر الخطيب قوله: (وقد قيل: أن عبادة بن نسي رواه عن عبدالرحمن بن غنم عن معاذ، وهذا إسناد متصل...) -انظر مسند الإمام أحمد: جـ١٥ص٢٠٨، وسنن أبي داود: جـ٣ص٤١٢، ٤١٣، والجامع الصحيح: جـ٣ص٦١٦، ومصابيح السنة: جـ٢ص٥٠، =

٣- وورد أن النبي ﷺ بعث معقل بن يسار[١] قاضياً إلى اليمن وهو حديث السن ودعا له أن يهدي قلبه ويثبت لسانه[٢].

٤- وورد أيضاً أنه عليه الصلاة والسلام استعمل عتاب بن أسيد[٣] على مكة بعد فتحها والياً وقاضياً وظل عليها حتى مات[٤].

٥- كما ورد أنه عليه الصلاة والسلام استعمل أبا موسى الأشعري على ناحية من اليمن والياً وقاضياً[٥].

هذا بالنسبة لمن ولاهم عليه الصلاة والسلام أمر القضاء عامة على الأمصار، وقد وردت أخبار كثيرة تدل على أنه عليه الصلاة والسلام كان يكلف بعض أصحابه الفصل في خصومة معينة، **ومن ذلك:**

وأعلام الموقعين: جـ١ص٢٠٢ وقال ابن حجر: أخرجه ابن عدي والطبراني والخطيب في كتاب «الفقيه والمتفقه»- التلخيص الحبير: جـ٤ص١٨٢ ، ١٨٣. وقال عنه ابن قيم الجوزية في أعلام الموقعين جـ١ص٢٠٢: (فهذا حديث وان كان عن غير مسمين فهم أصحاب معاذ، فلا يضره ذلك، لأنه يدل على شهرة الحديث، وأن الذي حدث به الحارث بن عمرو عن جماعة من أصحاب معاذ لا واحد منهم، وهذا أبلغ في الشهرة من أن يكون عن واحد منهم لو سُمِّيَ، كيف وشهرة أصحاب معاذ بالعلم والدين والفضل والصدق بالمحل الذي لا يخفى ولا يعرف في أصحابه منهم ولا كذاب ولا مجروح بل أصحابه من أفاضل المسلمين وخيارهم، ولا يشك أهل النقل في ذلك كيف وشعبة حامل لواء هذا الحديث؟ وقد قال بعض أئمة الحديث: إذا رأيت شعبة في إسناد حديث فاشدد يديك به).

(١) هو معقل بن يسار المزني أبو علي، بايع تحت الشجرة. مات في خلافة معاوية -خلاصة التذهيب ص٣٢٨.

(٢) قال الحجوي الفاسي: رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجة-انظر الفكر السامي: جـ١ص١٢٣ الربع الأول.

(٣) هو عتاب بن أسيد الأموي أبو عبدالرحمن، من مسلمة الفتح، ولي للنبي ﷺ مكة وله عشرون سنة. مات يوم مات الصديق رضي الله عنه وقيل سنة ٢١هـ خلاصة التذهيب: ص٢١٧.

(٤) سبل السلام: جـ٤ص١٦١، خلاصة تذهيب الكمال: ص٢١٧، ورواه ابن سعد في الطبقات في ترجمة عتاب بن أسيد -انظر نصب الراية: جـ٤ص٢٨٦.

(٥) سبل السلام: جـ٤ص١٦١.

١ - أنه ﷺ استقضى عقبة بن عامر الجهني[١] في خصومة معينة، فقد روى أحمد[٢] برجال الصحيح والدارقطني[٣] بسند حسن عنه قال: جاء خصمان إلى رسول الله ﷺ يختصمان فقال: قم يا عقبة اقض بينهما، فقلت: بأبي أنت وأمي يا رسول الله: أنت أولى بذلك، قال: وان كان، اقض بينهما[٤].

وقد ورد مثل ذلك عن عمرو بن العاص[٥]: ففي مسند الإمام أحمد وسنن الدارقطني عن عبدالله بن عمرو[٦] عن أبيه قال: جاء رسول الله ﷺ خصمان يختصمان فقال لعمرو: اقض بينهما يا عمرو، فقال: أنت أولى بذلك مني يا رسول الله، قال: وان كان، قال: فإذا قضيت بينهما فمالي. قال: إذا أنت قضيت فأصبت القضاء فلك عشر حسنات، وإن أنت اجتهدت فأخطأت فلك حسنة[٧].

---

(١) صحابي جليل، اختط البصرة، وولي مصر لمعاوية، وحضر معه بصفين، وولي غزو البحر، وكان فصيحاً شاعراً مفوهاً كاتباً قارئاً لكتاب الله عالماً. مات سنة ٥٨هـ، -انظر خلاصة التذهيب ص٢٣٧.

(٢) هو الإمام أحمد بن محمّد بن حنبل الشيباني الفقيه العالم الحافظ الحجة، ولد سنة ١٦٤هـ، قال الشافعي: خرجت من بغداد، وما خلفت بها أفقه ولا أورع ولا أزهد من أحمد بن حنبل توفي سنة ٢٤١هـ- خلاصة التذهيب: ص١٠.

(٣) هو الإمام الكبير علي بن عمر الدارقطني (٣٠٦-٣٨٥هـ)، حافظ عصره الفذ في علم الحديث ومعرفة علله ورجاله، وكان فقيهاً على مذهب الشافعي، له مؤلفات منها «السنن» و«المختلف والمؤتلف»- وفيات الأعيان: جـ٢ص٤٥٩.

(٤) مسند الإمام احمد: جـ١٥ص٢٠٦، ٢٠٧، سنن الدارقطني: جـ٤ص٢٠٣، مجمع الزوائد جـ٤ص١٩٦ طبع سنة ١٣٥٢هـ، ورواه الحاكم في المستدرك وصححه وفي سنده فرج بن فضالة وثقه الإمام أحمد في الشاميين وضعفه النسائي والدارقطني -انظر بلوغ الأماني: جـ١٥ص٢٠٧، والتعليق المغني على الدارقطني جـ٤ص٢٠٣.

(٥) هو عمرو بن العاص السهمي أبو محمد، أسلم عند النجاشي، وقدم مهاجراً في صفر، أمره النبي ﷺ على جيش ذات السلاسل، وورد في الحديث عن طلحة عن رسول الله ﷺ (عمرو بن العاص من صالحي قريش)، مات سنة ٤٣هـ ودفن بالمقطم -خلاصة التذهيب: ص٢٤٦.

(٦) هو عبدالله بن عمرو بن العاص السهمي، بينه وبين أبيه احدى عشرة سنة، كان يلوم أباه على القتال في الفتنة بأدب، مات سنة ٦٥هـ، وقيل ٦٨هـ -خلاصة التذهيب: ص١٧٦.

(٧) مسند الإمام أحمد: جـ١٥ص٢٠٦، سنن الدار قطني: جـ٤ص٢٠٣، مجمع الزوائد: جـ ٤ص١٩٥.

٢- وكذلك روى الدارقطني أن حذيفة[1] بعثه رسول اللّه ﷺ ليقضي بين قوم في خص، فقضى للذي يليهم القمط[2].

كل ذلك يدل على اهتمام رسـول اللّـه ﷺ بالقضـاء[3]، وكيـف لا ونشـر العـدل ومنـع الظلم من أسمى الأهداف التي بعث من أجلها رسول اللّه عليه الصلاة والسلام، نعم إنه ﷺ لم يفصل ولاية القضاء عن غيرها من الولايات العامة، ولا جعل لها قضاة مختصين ليس لهم عمل غير الفصل في خصومات الناس، ولكنه عليه صلوات اللّه وسلامه وضع المبدأ وأوجب القيـام بهذه الولاية خير قيام، وقام بها بنفسه، وعلم أصحابه كيف يقومون بها بحقها.

وإنما كان ذلك لأن دولة الإسلام في عصره لم تكن قد اتسـعت وتعقـدت، وإنمـا كـانت منحصرة في جزيرة العرب، وكان الإسلام قد نفث في روع الناس آداباً سـامية وبعـث فيهـم أخلاقاً عالية، فقلت الخصومة في تلك الفترة، وخف اعتداء هؤلاء الناس بعضهم على بعـض، وكان إذا وقع شيء من ذلك التجأوا إلى رسول اللّه ﷺ، فيقضي بينهم، بل بلـغ الأمـر فـوق ذلك، حتى إنه كان إذا اجترم الرجل جرماً جاء مقراً من ذات نفسه، كمـا جـاء مـاعز مقـراً بالزنا، وكذلك الغامدية، وإن زمننا هذا شأنه لا يحتاج إلى قضاة مختصين.

ثالثاً: ثم إن القيام بولاية القضاء أمر انعقد الإجماع على فعله سلفاً وخلفاً[4]:

فالخلفاء الراشدون اهتموا بهذا الأمر كثـيراً، وقـاموا بـه خـير قيـام، فكـان أول قـاضٍ في

---

(١) هو حذيفة بن اليمان واسمه حسيل العبسي أبو عبداللّه، صحابي جليل، من السابقين، أعلمه رسول اللّه ﷺ بما كان وما يكون إلى يوم القيامـة مـن الفـتن والحـوادث، مـات سـنة ٣٦هـ- خلاصـة التذهيـب: ص٦٣.

(٢) القمط هو حبل تشد به الأخصاص -انظر أساس البلاغة: ص٧٩٠، والحديث رواه ابن ماجـة في سـننه جـ٢ص٧٨٥، ورواه الدارقطني والبيهقي- انظر مسالك الدلالة ص٣٢٧.

(٣) ومن مظاهر اهتمام رسول اللّه ﷺ بأمر القضاء أنه حينما عقـد حلفـاً مـع اليهـود والمشـركين في المدينـة كان من جملة ما نص عليه في ميثاق ذلك الحلف أمر القضاء، حيث جاء فيها (وانه ما كـان بـين أهـل هذه الصحيفة من حديث أو اشتجار يخاف فساده فإن مرده إلى اللّه عزوجـل وإلى محمّـد رسـول اللّـه ﷺ...) -انظر سيرة ابن هشام- المجلد الثاني: ص١٢٢، ١٢٣.

(٤) نهاية المحتاج: جـ٧ص٧٩، مغني المحتاج: جـ ٤ ص ٣٧٢ طبعة الحلبي سنة ١٣٧٧هـ .

الإسلام ولي هذا الأمر بعد رسول اللّه ﷺ عمر بن الخطاب رضي اللّـه تعـالى عنـه، ولاه أبـو بكر ذلك فقال له: اقض بين الناس فإني في شغل[1].

ولما تولى عمر الخلافة نصب القضاة مـن صحابة رسـول اللّـه ﷺ علـى الأمصـار، ومـن قضاته: أبو الدرداء[2] ولاه على دمشق، وعثمان ولاه عليها أيضاً، كما ولاه قضاء المدينة. ومن قضاته أيضاً أبو موسى الأشعري ولاه قضاء البصرة[3]. وقـد تقـدم أن عمـر رضـي اللّـه تعالى عنه كان أول من فصل هذه الولاية عن غيرها.

وممن تولى القضاء من التابعين في خلافة عمر شـريح بـن الحـارث الكنـدي[4]، استقضاه عمر على الكوفة وعثمان وعلي من بعـده. ومـن قضـاة التـابعين المشـهورين أيضـاً القـاضي الشعبي[5]. ومنهم أيضاً القاضي إياس بن معاوية[6]، قاضي أعـدل خلفـاء بـني أميـة عمـر بـن عبدالعزيز[7].

وهكذا اجتمعت كلمة علماء الإسلام مـن عهـد الخلفـاء المهديـين، وفي كـل عهـد علـى وجوب القيام بهذا المرفق من مرافق الأمة، بل وإعطائه عناية بالغة.

---

(١) السنن الكبرى: جـ١٠ص٨٧، الفكر السامي: جـ١الربع الأول ص١٣٠.

(٢) هو عويمر بن زيد أو ابن عامر أو ابن مالك بن عبدالله الأنصاري الخزرجي أبو الدرداء أسلم يـوم بـدر وشهد أحداً، وألحقه عمر بالبدريين، قال أبو الدرداء: رب شـهوة سـاعة أورثـت حزنـاً طويـلاً، جمع القرآن، وولي قضاء دمشق، وله فضائل جمة. مات سنة ٣٢هـ -خلاصة التذهيب: ص٢٥٤.

(٣) الفكر السامي جـ١ص١٣٠ الربع الأول، مغني المحتاج: جـ٤ص٣٧٢ -طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٤) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندي أبو أمية الكوفي، ولي لعمر الكوفة، فقضـى بها ستين سنة وكان من جلة العلماء وأذكاهم، مات سنة ٨٠هـ- خلاصة التذهيب: ص١٤٠.

(٥) هو عامر بن شراحيل الحميري الشعبي أبو عمرو الكـوفي الإمـام العلـم، ولـد لسـت سـنين خلـت مـن خلافة عمر، قال ابن عيينة: كانت الناس تقـول: ابـن عبـاس في زمانـه والشـعبي في زمانـه. تـوفي سـنة ١٠٣هـ - خلاصة التذهيب ص١٥٦.

(٦) هو إياس بن معاوية بن قرة المزني أبو وائلة البصري القاضي. ومن اقواله: «من عدم فضيلة الصدق فقـد فجع بأكرم أخلاقه»، ومنها: «كل ديانة أسست على غير ورع فهي هباء» مات سنة ١٢٢هـ- خلاصـة التذهيب: ص٣٦.

(٧) تاريخ القضاء -محمود عرنوس: ص٣٣-٣٧، السنن الكبرى، جـ١٠ص٨٧، سبل السلام: جـ٤ص١٦١ طبع صبيح.

رابعاً: يضاف إلى ما تقدم من الأدلة النقلية على مشروعية القضاء وفرضيته أن العقل السليم يقضي بوجوب القيام به على الأمة بمجموعها، وذلك أن طباع البشر مجبولة على التظالم ومنع الحقوق، وقل من الناس من ينصف غيره بنفسه، وقد تقدم أن الظلم من أكبر الكبائر، ولأنه سبب هلاك الأمم وخرابها، كان منعه قبل وقوعه ورفعه إذا وقع من أول الواجبات على المسلمين، والقضاء بأسسه وأصوله العادلة هو أكمل وسيلة لتحقيق هذا الهدف العظيم، فكان القيام به فرضاً على الأمة[1].

ولكن العلماء قالوا: إنه فرض كفاية[2]: أي أنه فرض على مجموع الأمة، بحيث يجب القيام به من قبل بعض منها غير معين، فإذا قام به البعض ممن يصلح له سقط عن الكل وإذا تركه أثموا جميعاً، وذلك لأنه من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهذا فرض كفاية، ولأن الحكمة من تشريعه تتم بقيام البعض به، ولذلك نجد أن رسول الله ﷺ كان يكتفي بإرسال واحد من أصحابه ليتولى القضاء في البلد الواحد، وكذلك فعل الخلفاء من بعده، فدل ذلك على أنه فرض كفاية لأنه لو كان فرض عين لم يكف واحد[3].

---

(١) بدائع الصنائع: جـ٧ص٢، نهاية المحتاج: جـ٨ص٧٩.

(٢) الأصول القضائية: ص٢٧٧، تبصرة الحكام: جـ١ص١٢، كفاية الطالب وحاشية العدوى عليه: جـ٢ص٢٩٤، المنهاج وشرحه مغني المحتاج: جـ٤ص٣٧٢-طبع سنة ١٣٧٧هـ، المهذب: جـ٢ص٢٨٩، حاشية الباجوري: جـ٢ص٣٢٥، حاشية البرماوي: ص٣٠٥، المغني لابن قدامة: جـ٩ص٣٤، الإنصاف: جـ١١ص١٥٤.

(٣) مغني المحتاج: جـ٤ص٣٧٢ -طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، المغني لابن قدامة: جـ٩ص٣٤.



المبحث السادس
في
حكم تنصيب الإمام للقضاة

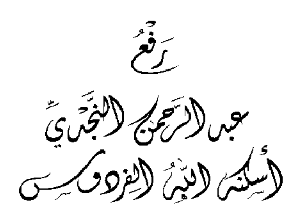
وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن القضاء فرض كفاية، فإنهم اتفقوا كذلك على أن قيام الإمام بنصب القضاة على الأمصار للحكم بين الناس في منازعاتهم-فرض عين عليه[1]؛ وذلك لأن الخليفة ينصب في الإسلام من أجل ضمان تحقيق فروض الإسلام في دولته، والقضاء -كما تقدم- من أقوى الفرائض الدينية المطلوب تحقيقها من المسلمين، والخليفة هو نائبهم في ذلك، وقد بايعوه عليه، فكان واجباً عينياً عليه أن يضمن بوسائل السلطة المخولة له تنفيذ هذا الغرض الديني، وبما أنه لا يستطيع أن يقوم بالفصل في الخصومات بنفسه في جميع أنحاء الدولة، فتعين عليه أن يعمد إلى نصب القضاة في كل بلد ليحكموا بين الناس بشرع الله[2].

هذا هو حكم القيام بالقضاء بالنسبة للأمة والإمام، ولكن وردت أحاديث وآثار كثيرة خيل لبعض العلماء أنها في ذم القضاء والتحذير منه مطلقاً، مع أنها إنما وردت لبيان عظم المسؤولية المترتبة على الدخول فيه، حتى لا يقدم عليه إلا من وثق في نفسه القدرة على القيام به بحقه، ويحجم عنه من يرغبون فيه من أجل تحقيق مصالحهم الخاصة، وبيان ذلك في المبحث التالي:

---

(١) بدائع الصنائع: جـ٧ص٢، نهاية المحتاج: جـ٨ص٧٩، مغني المحتاج: جـ٤ص٣٧٢-طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، الإنصاف جـ١١ص١٥٦.

(٢) مغني المحتاج: جـ٤ص٣٧٢- طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، الأصول القضائية: ص٢٧٦، ٢٧٧.



المبحث السابع
في
خطر تولي القضاء

فقد ورد أحاديث كثيرة في تولي القضاء، منها المرغب فيه، ومنها المنفر منه والمرغب عنه، وفيما يلي نذكر كثيراً منها من أجل تفحصها، لينكشف بذلك مواضع التحذير والترهيب من مواضع الترغيب.

أولاً: ما ورد في الأحاديث في التحذير من القضاء:

١- فقد ورد من حديث أبي هريرة[١] أن رسول الله ﷺ قال (من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين)، وفي رواية (من استقضي فقد ذبح بغير سكين)[٢].

٢- وقالت عائشة رضي الله عنها: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «يدعى بالقاضي العدل يوم

---

(١) هوالصحابي الجليل عبدالرحمن بن صخر الدوسي الحافظ، روى عن رسول الله ﷺ أكثر من خمسة آلاف حديث، قال ابن سعد: كان يسبح كل يوم اثنتي عشرة ألف تسبيحة. مات سنة ٥٩هـ- انظر خلاصة التذهيب: ص٣٩٧.

(٢) سنن أبي داود: جـ٣ص٣٠٦، الجامع الصحيح: جـ٣ص٦١٤، سنن ابن ماجة: جـ٢ص٧٧٤ مسند الإمام أحمد جـ١٥ص٢١٠، سنن الدارقطني: جـ٤ص٢٠٤ السنن الكبرى: جـ١٠ص٩٦، سبل السلام: جـ٤ص١٥٨، ورواه الحاكم في المستدرك -كتاب الأحكام- وقال: صحيح الإسناد، ورواه ابن أبي شيبة وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم، ورواه البزار، وأخرجه من حديث ابن عباس بن عدي في الكامل -انظر نصب الراية: جـ٤ص٦٤، وجاء في التلخيص الحبير: جـ٤ص١٨٤: وأعله ابن الجوزي فقال: هذا حديث لا يصح، وليس كما قال، وكفاه قوة تخريج النسائي له، وذكر الصنعاني انه صححه ابن خزيمة وابن حبان -سبل السلام: جـ٤ص١٥٨.

القيامة، فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى به أنه لم يقض بين اثنين في تمرة قط»[1].

٣- وعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ليوشكن الرجل أنه يتمنى أنه خر من الثريا، و لم يل من أمر الناس شيئاً»[2].

٤- وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من ولي على عشرة، فحكم بينهم بما أحبّوا أو كرهوا جيء به يوم القيامة مغلولة يداه إلى عنقه، فإن حكم بما أنزل الله، و لم يرتش في حكمه، و لم يحف فك الله عنه يوم لا غل إلا غله، وإن حكم بغير ما أنزل الله، وارتشى في حكمه، وحابى فيه شدت يساره إلى يمينه، ثم رمي به في جهنم»[3].

٥- وعن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من كان قاضياً عالماً قضى بالجور كان من أهل النار، ومن كان قاضيا فقضى بجهل كان من أهل النار، ومن كان قاضياً عالماً فقضى بعدل، فبالحري أن ينقلب كفافاً»[4].

٦- وعن أبي ذر[5] وبشر بن عاصم[6] رضي الله تعالى عنهما أنهما قالا لعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وقد أراد أن يستعمل بشر بن عاصم على عمل: سمعنا رسول الله ﷺ يقول: «من ولي شيئاً من أمر المسلمين أتي به يوم القيامة حتى يوقف على جسر

---

(١) سبق تخريجه في ص ٣١.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك وقال: صحيح الإسناد -انظر نصب الراية: جـ٤ص٦٥.

(٣) أخرجه الحاكم وسكت عنه -انظر نصب الراية: جـ٤ص٦٦.

(٤) مسند الإمام أحمد: جـ١٥ص٢٠٩، الجامع الصحيح: جـ٣ص٦١٣، وقال عنه الترمذي: حديث غريب وليس اسناده عندي بمتصل، مجمع الزوائد طبع سنة ١٣٥٢هـ جـ٤ص١٩٣ وقال عنه الحافظ الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير والأوسط والبزار ورجاله ثقات، ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده عن ابن عمر -نصب الراية: جـ٤ص٦٦، وانظر أيضاً موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان للهيثمي ص٢٩٠.

(٥) هو الصحابي الجليل أبو ذر الغفاري وفي اسمه أقوال أشهرها جندب بن جناد، ومن حديث عبدالله بن عمرو مرفوعاً (ما أظلت الخضراء ولا اقلت الغبراء أصدق لهجة من أبي ذر) حسنه الترمذي، وقال أبو داود: كان يوازي ابن مسعود في العلم. مات بالربذة سنة ٣٢هـ- خلاصة التذهيب: ص٣٧٨.

(٦) هو بشر بن عاصم الثقفي: صحابي، كان عامل عمر بن الخطاب على صدقات هوازن، وروي انه تخلف عنها، مات بعد الزهري، والزهري مات سنة ١٢٤هـ- اسد الغابة: المجلد الأول ص٢٢٢.

جهنم، فإن كان محسناً نجا، وإن كان مسيئاً انخرف به الجسر، فهوى فيه سبعين خريفاً»[1].

٧- وروي عن رسول اللّه ﷺ أنه قال: «إنا لا نكره أحداً على القضاء»[2] ومن الآثار الواردة في التحذير من الدخول في القضاء ما يلي:

أ- ما رواه النسائي[3] في كتاب «الكنى» عن الوليد بن أبي السائب[4] أنه سمع مكحولاً يقول[5] «لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي»[6].

ب- وما رواه ابن سعد[7] في الطبقات «في ترجمة أبي الدرداء» أنه عندما استعمل أبو الدرداء على القضاء اصبح الناس يهنونه فقال: أتهنوني بالقضاء، وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها أبعد من عدن، ولو علم الناس ما في القضاء لأخذوه بالدول رغبة عنه وكراهية له[8].

---

(١) رواه الطبراني في معجمه -انظر نصب الراية: جـ٤ص٦٦.

(٢) قال في التلخيص الحبير: جـ٤ص١٨٤: لم أجده هكذا، وفي المعنى حديث ابن مسعود: بعثني رسول اللّه ﷺ ساعياً وقال: لا ألقينك يوم القيامة تجيء وعلى ظهرك بعير له رغاء قد غللته، قال: إذا لا أنطلق، قال ﷺ: إذا لا أكرهك -أخرجه أبو داود.

(٣) هو أحمد بن شعيب بن علي بن سنان النسائي أبو عبدالرحمن القاضي الحافظ صاحب السنن، وأحد الأئمة المبرزين والحفاظ الأعلام. توفي بفلسطين ودفن ببيت المقدس وقيل بمكة سنة ٣٠٤هـ شهيداً رحمه اللّه تعالى (لأنه مات من التعذيب) -انظر خلاصة التذهيب: ص٦.

(٤) هو الوليد بن سليمان بن أبي السائب القرشي أبو العباس الدمشقي، وقد وثقه أبو حاتم- خلاصة التذهيب ص٣٥٧.

(٥) هو مكحول بن شهراب بن شاذل من أهل هراة، الدمشقي، قال ابوحاتم: ما أعلم بالشام أفقه منه. قيل إنه كان يتكلم في القدر، ونفى ذلك عنه الأوزاعي، وقال ابن معين: رجع عنه. مات سنة ١٣هـ- خلاصة التذهيب: ص٣٣١.

(٦) نصب الراية :جـ٤ص٦٦.

(٧) هو محمّد بن سعد بن منيع أبو عبداللّه البصري، كاتب الواقدي، وصاحب الطبقات وأحد الحفاظ الكبار الثقات، كان من أهل العلم والفهم والفضل والعدالة، توفي سنة ٢٣٠هـ خلاصة التذهيب: ص٢٨٨.

(٨) نصب الراية: جـ٤ص٦٦.

ومن الأحاديث الواردة في ذم طلب القضاء وسؤاله ما يلي:

١- فقد روى أنس[١] عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من طلب القضاء واستعان عليه وكل إلى نفسه، ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه أنزل الله عليه ملكاً يسدده»[٢].

٢- وورد عن عبدالرحمن بن سمرة[٣] أن رسول الله ﷺ قال له «يا عبدالرحمن لا تسأل الإمارة؛ فإنك إن تؤتها من غير مسألة تعن عليها، وإن تؤتها عن مسألة توكل إليها»[٤].

ثانياً: الأحاديث الواردة في مدح القضاء بالحق فكثيرة نذكر منها:

١- روى إسحاق بن راهويه[٥] في مسنده عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «يوم من إمام عادل أفضل من عبادة ستين سنة، وحد يقام في الأرض بحقه أزكى فيها من مطر أربعين يوماً»[٦].

---

(١) هو أنس بن مالك بن النضر الأنصاري النجاري، خدم رسول الله ﷺ عشر سنين، وذكر ابن سعد أنه شهد بدراً، مات سنة ٩٠هـ أو بعدها - خلاصة التذهيب: ص٣٥.

(٢) مسند الإمام أحمد: جـ١٥ص٢٠٩، سنن أبي داود: جـ٣ص٤٠٨، الجامع الصحيح: جـ٣ص٦١٤ وقال عنه الترمذي: هذا حديث حسن غريب، سنن ابن ماجة، جـ٢ص٧٧٤، مصابيح السنة جـ٢ ص٤٩، سبل السلام: جـ٤ص١٥٩ طبع صبيح، ورواه اسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم والحاكم في المستدرك -انظر نصب الراية: جـ٤ص٦٩ ورواه الطبراني في الأوسط- انظر التلخيص الحبير: جـ٤ص١٨١، ١٨٢.

(٣) هو عبدالرحمن بن سمرة العبشمي: أسلم بعد الفتح، وافتتح سجستان وكابل، قال ابن سعد: مات سنة ٥٠هـ- خلاصة التذهيب: ص١٩٣.

(٤) صحيح البخاري مع فتح الباري: جـ١٣ص١٠٦، ١٠٧، صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١١ص١١٦، سنن النسائي: جـ٨ص٢٣٥، حلية الأولياء: جـ٧ص٢٣٠، السنن الكبرى: جـ١٠ ص١٠٠، المنتقى لابن الجارود: ص ٤٤٤، مصابيح السنة : جـ ٢ ص ٤٨، أحكام الأحكام لابن دقيق العيد: جـ٤ص١٤٠، سبل السلام جـ٤ص١٥٩ طبع صبيح.

(٥) هو اسحق بن إبراهيم أبو محمّد ابن راهويه الإمام الفقيه الحافظ العلم، ولد سنة ١٦١هـ قال احمد: لا أعلم لاسحق نظيراً، اسحق عندنا من أئمة المسلمين، وله المسند في الحديث أملاه كله من حفظه، قال البخاري: توفي سنة ٢٣٨هـ- خلاصة التذهيب: ص٢٣.

(٦) كذلك رواه الطبراني في «معجمه الوسط» -انظر نصب الراية: جـ٤ص٦٧.

٢- وروى أبو عبيد القاسم بن سلام[١] في كتاب «الأموال» عن أبي هريرة عن رسول اللّه ﷺ قال: «العادل في رعيته يوماً واحداً أفضل من عبادة العابد في أهله مائة سنة»[٢].

٣- وفي الحديث الصحيح عن أبي هريرة أن رسول اللّه ﷺ قال «سبعة يظلهم اللّه في ظله يوم لا ظل إلا ظله: الإمام العادل... الحديث»[٣].

٤- وعن عياض بن حماد[٤] أنه سمع رسول اللّه ﷺ يقول في خطبته: «أهل الجنة ثلاث: ذو سلطان مقسط، ورجل رحيم القلب لكل ذي قربى ومسلم، وعفيف متعفف ذو عيال...»[٥].

٥- وعن عبداللّه بن عمرو أن رسول اللّه ﷺ قال: « إن المقسطين في الدنيا على منابر من نور عن يمين الرحمن، وكلتا يديه يمين: الذين يعدلون في حكمهم وأهلهم وما ولّوا»[٦].

٦- وعن أبي سعيد الخدري[٧] قال: قال رسول اللّه ﷺ: «إن أحب الناس إلى اللّه يوم القيامة وأدناهم مجلساً منه إمام عادل، وأبغض الناس إلى اللّه وأبعدهم منه مجلساً إمام

---

(١) هو القاسم بن سلام الأزدي أبو عبيد البغدادي صاحب التصانيف وأحد الأعلام الأئمة قال أحمد: أبو عبيد أستاذ، وقال الدارقطني: جبل إمام، توفي سنة ٢٢٤هـ-خلاصة التذهيب: ص٢٦٥، ٢٦٦.

(٢) انظر الأموال: ص١٣.

(٣) سبق ذكر هذا الحديث بتمامه وتخريجه في ص٣٥.

(٤) هو عياض بن حماد بن سفيان بن مجاشع التميمي المجاشعي البصري، صحابي - خلاصة التذهيب: ص٢٥٦.

(٥) هذا الحديث جزء من خطبة طويلة عن رسول اللّه ﷺ رواها مسلم بكاملها عن عياض بن حماد- انظر صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٧ص١٩٨، والحديث رواه الحاكم أيضاً -انظر نصب الراية: جـ٤ص٦٨.

(٦) صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٢ص٢١١، سنن النسائي: جـ٨ص٢٢١، مسند أحمد: جـ١٥ص٢١١: السنن الكبرى: جـ١٠ص٨٧، موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان ص٣٦٩، وقد قال عنه ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه: الصحيح أنه موقوف -انظر التلخيص الحبير: جـ٤ ص٨١٦ وأخرجه الحاكم في المستدرك وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين- انظر بغية الألمعي: جـ٤ص٦٨.

(٧) هو سعد بن مالك بن سنان الخدري أبو سعيد، بايع تحت الشجرة، وشهد ما بعد أحد، وكان من علماء الصحابة، مات سنة ٧٤هـ- خلاصة التذهيب: ص١١٥.

جائر»[1].

٧- وروى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ثلاثة لا ترد دعوتهم: الأمام العادل، والصائم حتى يفطر، ودعوة المظلوم»[2].

٨- وجاء عن رسول الله ﷺ أنه قال: « يد الله مع القاضي حين يقضي» وفي رواية «إن الله مع القاضي ما لم يجر»[3].

٩- وقال رسول الله ﷺ «إذا حكم الحاكم فاجتهد، ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»[4].

---

(١) سبق تخريجه في ص٣٦.

(٢) السنن الكبرى: جـ١٠ص٨٨.

(٣) وردت الرواية الأولى وهو قوله ﷺ (يد الله مع القاضي حين يقضي) من طريق أبي أيوب الأنصاري- انظر مسند الإمام أحمد: جـ١٥ص٢١٠، ٢١١، ونصه عنده بتمامه: (يد الله مع القاضي حين يقضي، ويد الله مع القاسم حين يقسم) وقال الهيثمي في رواية الإمام أحمد: فيه ابن لهيعة وحديثه حسن وفيه ضعف- انظر مجمع الزوائد: جـ٤ص١٩٣ طبع سنة ١٣٥٢هـ، وقد وردت الثانية من طريق عبدالله بن أبي أوفى- انظر الجامع الصحيح: جـ٣ص٦١٨، ونصه عنده (أن الله مع القاضي ما لم يجر، فإذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان) وقال عنه الترمذي: حسن غريب، وسنن ابن ماجة: جـ٢ص٧٧٥، ونصه عنده (ان الله مع القاضي ما لم يجر، فإذا جار وكله إلى نفسه)، والسنن الكبرى: جـ١٠ص٨٨، وقد اتى بروايتي الترمذي وابن ماجة.

(٤) هذا الحديث متفق عليه من طريق عمرو بن العاص وأبي هريرة: انظر البخاري بحاشية السندي جـ٤ص١٨١، وصحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٢ص١٣، سنن أبي داود: جـ٣ص٣٠٧، الجامع الصحيح: جـ٣ص٦١٥، وأورده من طريق أبي هريرة وقال عنه حسن غريب من هذا الوجه، سنن النسائي: جـ ٨ص٢٢٤، وقد أورده عن أبي هريرة، سنن ابن ماجة: جـ٢ص٧٧٦ وقد أورده عن عمرو بن العاص، ومسند أحمد: جـ١٥ص٢٠٨، ورواه من طريق عمرو بن العاص، والمنتقى لابن الجارود: ص٤٤٣، ورواه عن أبي هريرة، وبدائع المنن: جـ٢ص ٢٣١، وهو فيه من طريق عمرو بن العاص؛ والرسالة: ص ٤٩٤، ومصابيح السنة جـ ٢ ص ٤٩، وسبل السلام: جـ٤ص١٦٠، قال النووي في شرح هذا الحديث: (قال العلماء: اجمع المسلمون على أن هذا الحديث في حاكم عالم أهل للحكم، فإن أصاب فله أجران: أجر باجتهاده وأجر باصابته، وإن أخطأ فله أجر اجتهاده.. قالوا: فأما من ليس بأهل للحكم، فلا يحل له الحكم، فإن حكم فلا أجر له، بل هو آثم..)- شرح النووي على مسلم جـ١٢ص١٣، ١٤.

١٠- وروت عائشة رضي اللّه تعالى عنها عن رسول اللّه ﷺ أنه قال: «أتدرون من السابقون إلى ظل اللّه عز وجل؟ قالوا: اللّه ورسول أعلم، قال: الذين إذا أعطوا الحق قبلوه، وإذا سئلوه بذلوه، وحكموا للناس كحكمهم لأنفسهم»[١].

دلالات تلك الأخبار:

ذاك قسط وافر من الأحاديث الشريفة الواردة في تولي القضاء: ترهيباً وترغيباً والمتأمل فيها جميعاً يستطيع أن يتبين ما يلي:

أولاً: إن ما جاء منها في مدح القضاء والترغيب فيه إنما تناول القضاء بالحق والعدل لا مطلق القضاء، والعدل هو الهدف الأول والأخير للقضاء، وقد تقدم ذكر كثير من الآيات الشريفة الداعية إليه، والمبينة فضله، وثواب فاعليه، فجاءت هذه الأحاديث مؤكدة لما ورد في كتاب اللّه تعالى، مفصلة لما رتب اللّه سبحانه للعادلين من الأجر؛ حيث أخبر فيها رسول اللّه ﷺ أنهم في الآخرة أقرب الناس إلى اللّه تعالى، على منابر من نور، يستظلون بظله، ويفوزون بحبه، وفي الدنيا يوفقهم ويسددهم بملائكته، ويستجيب دعاءهم.

ثانياً: وأما ما ورد منها في ذم القضاء، فقد تناول القضاء بالظلم والجور، حيث أخبر رسول اللّه عليه الصلاة والسلام، أن مصيرهم النار في الآخرة، وعدم توفيق اللّه لهم في الدنيا والتخلي عنهم.

ثالثاً: وهناك زمرة من الأحاديث التي قد يظن أنهاوردت في ذم تولي القضاء، والحق أنها وردت لبيان مدى مسئولية تولي القضاء وخطره، تنبيهاً لكل من يعرض عليه هذا الأمر في المستقبل، وحثاً له أن ينظر في قدرته على الحكم والعدل، ودفعاً لأصحاب المطامع من ولوجه، فبين فيها صلوات اللّه عليه وسلامه أن في تولي القضاء قبول حمل ثقيل وأمانة عظيمة، وعلى قدر الحمل تكون المسئولية، وعلى قدر المسئولية يكون الحساب، ولهذا قال

---

(١) سبق تخريجه في ص٣٥.

عليه الصلاة والسلام: «لا نكره أحداً على القضاء» أي لا نكره أحداً على تحمل مسئوليته العظيمة، ولهذا جعل رسول الله ﷺ قبول القضاء كالذبح لعظم المسئولية في الدنيا والآخرة؛ لأن العدل يحتاج إلي الصبر وكبح جماح النفس عن الظلم والميل مع هواها، فيكون ثقيلاً في الدنيا، وأما في الآخرة فيكون حسابه طويلاً عسيراً، فإن كل راع مسئول عن رعيته، وعلى قدر هذه الرعية، وعلى قدر أهمية جوانبها التي قبل أن يحميها ويدافع عنها تكون مسئوليته وحسابه.

ثم إذا حوسب متولي القضاء: فإن تبينت طاعته بالعدل فك الله تعالى غله بانهاء حسابه، ثم يجيء دور اكرامه بفوزه بحب الله والاستظلال بظله.

فليس بين تلك الأحاديث تعارض أو تنافر، وقد جاءت بعض الأحاديث مبينة لذلك، جامعة بين كل ما ورد في القضاء من أحاديث:

١- فقد روى ابن بريدة عن أبيه(١) قال: قال رسول الله ﷺ «القضاة ثلاثة: اثنان في النار، وواحد في الجنة: رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق فلم يقض به، وجار في الحكم فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار»(٢).

٢- وعن عطاء بن يسار(٣): قال رجل عند رسول الله ﷺ: بئس الشيء الإمارة، فقال

---

(١) هو بريدة بن الحصيب الأسلمي، سكن في المدينة ثم البصرة ثم مرو ومات بها سنة ٦٢ أو ٦٣هـ، وهو آخر من مات بخراسان من الصحابة، وقد روى عنه ابنه عبدالله كما في الحديث المذكور، وابنه هذا كان قاضياً على مرو، وهو ثقة في رواية الحديث، ومات سنة ١١٥هـ- خلاصة التذهيب: ص٤٠ و١٦٣.

(٢) سنن أبي داود: جـ٣ص٣٠٨، الجامع الصحيح: جـ٣ص٦١٣، سنن ابن ماجة: جـ٢ص٧٧٦، السنن الكبرى: جـ ١٠ص١١٦، جامع مسانيد الإمام الأعظم أبي حنيفة: جـ ٢ص ٢٨٠، سبل السلام: جـ٤ص١٥٧، ورواه الحاكم في المستدرك في «الأحكام» وزاد فيه: قالوا: يا رسول الله، فما ذنب هذا الذي يجهل؟ قال: ذنبه أن لا يكون قاضياً حتى يعلم، وقال فيه: حديث صحيح على شرط مسلم- انظر نصب الراية: جـ ٤ص٦٥.

(٣) هو عطاء بن يسار الهلالي، أبو محمّد المدني، أحد الأعلام، روى الحديث عن كثير من الصاحبة، وقال عنه النسائي: ثقة، توفي سنة ٩٧هـ، وقيل سنة ١٠٣هـ- خلاصة التذهيب: ص٢٣٦.

رسول اللّه ﷺ «نعم الشيء الإمارة لمن أخذها بحلها وحقها، وبئس الشيء الإمارة لمن أخذها بغير حقها وحلها، تكون عليه يوم القيامة حسرة وندامة»[1].

فالإمارة ومنها القضاء سلاح ذو حدين كالعلم والمال: فمن وفى لها بحقها و لم يجر فيها اكسبته حمداً في الدنيا وأجراً في الآخرة.

رابعاً: ويلاحظ أيضاً مما تقدم ذكره من الأحاديث الواردة في القضاء أن رسول اللّه ﷺ نهى عن طلب القضاء وسؤاله، وقد فعل ذلك مع بعض اصحابه الذين صرحوا له عليه الصلاة والسلام برغبتهم في تولي القضاء أو الإمارة، وسنرى قريباً أن الفقهاء أخذوا من هذه الأحاديث حرمة طلب القضاء أو كراهته، اللّهم إلا عند الضرورة أو الحاجة كما سيأتي، وقد قالوا في بيان الحكمة من ذلك أن من طلب القضاء، فإنه يعتمد على نفسه، ولا يكون متوكلاً على اللّه في أحكامه، فيحرمه اللّه من تسديده وتوفيقه، واما من يجبر عليه، فإنه يتوكل على ربه فسيلهمه الحق والرشاد[2]. وهذا هو صريح ما تقدم ذكره من الأحاديث المتعلقة بطلب القضاء، ومن لم يكن معه إعانة اللّه وتوفيقه لم يكن كفئاً لتولي أخطر الوظائف بعد الإمامة، وهو القضاء، ومن لم يكن كفئاً لا يُوَلّى، ومن جهة أخرى فإن طلب القضاء والحرص عليه تهمة للطالب، فلا يُوَلّى [3].

موقف العلماء من تولي القضاء:

إن الفهم المتقدم لتلك الأحاديث الشريفة الواردة في القضاء ترهيباً وترغيباً هو الذي يفسر موقف العلماء الصالحين من تولي القضاء في مختلف العصور:

فقد تولاه كثيرون من الصحابة رضوان اللّه عليهم والتابعين وغيرهم من الصالحين في

---

(١) روى هذا الحديث الشريف أبو عبيد القاسم بن سلام في كتابه «الأموال»: ص١٠، ورواه الطبراني من حديث زيد بن ثابت مرفوعاً- انظر فتح الباري: جـ١٣ص١٠٧.

(٢) شرح النووي على مسلم: جـ١٢ص٢٠٧، الهداية مع فتح القدير: جـ٥ص٤٦٠.

(٣) شرح النووي على مسلم: جـ١٢ص٢٠٨.

مختلف العصور، راجين من اللّه تعالى تسديده وتوفيقه، لنيل جزيل ثوابه الذي وعد به المقسطين، وقد تقدم ذكر كثير منهم[1].

وعزف عنه كثيرون أيضاً[2]، خوفاً من ثقل المسئولية وخطرها، واحتياطاً لدينهم، فإن قيل: فكيف تولاه من تولاه من الصالحين؟ ألم يخافوا من مسئوليته، ألم يحتاطوا لدينهم أيضاً؟ والجواب أن هؤلاء إنما تولوه بعد أن قاسوا ظروفهم، فتاكدوا انهم قادرون على فرض حكم اللّه في كل حادثة، وأنهم قادرون على الاستعلاء عن كل مؤثر يمكن ان ينحرف بأحكامهم،

---

(١) انظر صفحات: ٤٨-٥٣.

(٢) فقد امتنع من الصحابة ابن عمر رضي اللّه عنهما عندما ما استقضاه عثمان رضي اللّه عنه: فقد ورد ان عثمان قال لابن عمر: اذهب فاقض، قال: أوتعفيني يا أمير المؤمنين؟ قال: عزمت عليك إلا ذهبت فقضيت، قال: لا تعجل، أما سمعت رسول اللّه ﷺ يقول: ما عاذ باللّه فقد عاذ بمعاذ؟ قال: نعم، قال: فإني أعوذ باللّه أن أكون قاضياً، قال: وما يمنعك وقد كان أبوك يقضي؟ قال: لأني سمعت رسول اللّه ﷺ يقول: «من كان قاضياً فقضى بالجور كان من أهل النار، ومن كان قاضياً عالما يقضي بحق أو بعدل سأل التفلت كفافاً»، فما أرجو منه بعد؟ فقد تركه رضي اللّه عنه خوفاً من الوقوع في الجور أو على الأقل هرباً من تعريض نفسه للحساب والمسؤولية لا لأن الدخول فيه حرام أو مكروه، وإلا فإن أباه رضي اللّه عنهما تولاه، فالفرق أن عمر رضي اللّه عنه قبل هذه المسئولية آملاً أن يكون قادراً على القيام بحقها، بينما عزف عنها ابنه رضي اللّه عنهما خائفاً من عدم القدرة على الوفاء بها، يفسر ذلك ما ورد في رواية أخرى أن ابن عمر قال لعثمان: إن أبي كان يقضي، فإن أشكل عليه شيء سأل رسول اللّه ﷺ ، فإن أشكل على رسول اللّه ﷺ شيء سأل جبريل عليه السلام وأنا لا أجد من أسأل، ولست مثل أبي، فهو رضي اللّه تعالى عنه يرى أن أباه عمر رضي اللّه عنه كان يجد من الضمانات والإمكانيات ما يجنبه الوقوع في الخطأ، وأما هو فلا يجد مثل ذلك: -انظر في قصة رفض ابن عمر لتولي القضاء من عثمان، وما ذكره من الأحاديث الجامع الصحيح: جـ ٣ص٦١٢، ومسند الإمام احمد: جـ ١٥ص٢٠٩، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد: جـ٤ص١٩٣ طبع سنة ١٣٥٢هـ وقال عنه رواه الطبراني في الكبير والأوسط والبزار ورجاله ثقات.

وقد امتنع عنه من غير الصحابة كثير من الصالحين أيضاً منهم أبو قلابة رحمه اللّه هرب منه لما مات قاضي بلده، والثوري هرب أيضاً عندما أراد المهدي توليته، وأبوحنيفة امتنع عنه أيضاً، وأوصى الإمام الشافعي في مرض موته تلميذه المزني بأن لا يتولى القضاء، وامتنع عنه أبو علي بن خيران استقضاه الوزير ابن الفرات، حتى ختمت دوره بالطين أياماً- انظر التلخيص الحبير: جـ ٤ص١٨٦.

هذا ويلاحظ أن العزوف عن تولي القضاء، كانت تزيد حوادثه كلما كان الإمام أو الوالي أشد ظلماً وأكثر تسلطاً، وذلك خوفاً من طاعته في معصيته ، وخصوصاً أن القضاء خير وسيلة للمتسلطين للتخلص من أعدائهم ونقادهم، ولعل هذا هو السر في أن حوادث الامتناع عن توليه في عهد الخلفاء الراشدين كانت أقل بكثير منها في العهود المتأخرة.

فقبلوا الدخول فيه متوكلين على اللّه، معتمدين على ما أخبر بـه رسـول اللّـه ﷺ مـن أن مـن اجتهد من علماء أمته فأخطأ فله أجر، ومن أصاب فله أجران، وأما الذيـن عزفـوا عنـه- وإن كانوا من المشهود لهم بالعلم- فقد قدروا أنهم قد يقعون تحت بعض الضغوط مما قد يوقعهـم في الظلم: فقد روي أن أبا حنيفة[1] رحمه اللّه تعالى دعي إلى القضاء ثـلاث مـرات، وضـرب في كل مرة ثلاثين سوطاً، ولكنه أبى[2]. وتقديرنا لو أن أبا حنيفـة كـان يـرى أحقيـة الـولاة الذيـن حـاولوا تقليـده القضـاء بالولايـة، أو كـان مقـدراً أنـه لـن يقـع تحـت ضغـط السـلطة فيمايصدره من أحكام لما عزف ذلك العزوف، وتحمل فيه مـا تحمـل مـن الإهانـة والضـرب، وهو يعلم يقيناً مقدار فضل القضاء بالحق وما ورد في مدحه من الأحاديث الكثيرة[3].

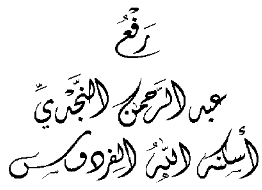
وهكذا فلعل كثيراً ممن عزفوا عن القضاء مـن العلمـاء الصـالحين فعلـوا ذلـك تعبـيراً عـن سخطهم على السلطان وعدم ولائهم له، بالإضافة إلى شعورهم بخطـره العظيـم، ومسـؤوليته الكبيرة.

---

(١) هو النعمان بن ثابت الفارسي، إمام العراق وفقيه الأمة، قال ابن المبارك: مـا رأيـت في الفقـه مثـل أبـي حنيفة، وقال مكي: أبو حنيفة أعلم أهل زمانه، وقال القطان: لا نكذب اللّه، ما سمعنا أحسن من رأي أبي حنفة، وقال ابـن المبـارك أيضـاً: مـا رأيـت أورع منـه. مـات سـنة ١٥٠هـ- خلاصـة التذهيـب: ص٣٤٥.

(٢) وروي أن أبا حنيفة رحمه اللّه مات في السجن بسبب رفضه الدخول في القضـاء - انظـر فتـح القديـر: جـ٥ص٤٦٠.

(٣) وقد أشار الاستاذ الشيخ محمّد الخضري إلى أن القصد من عرض القضاء على الإمام أبي حنيفة إنما كان من أجل أن يعرف مقدار ولائه للسلطان، وفي هذا يقول -كما نقل عنه الشيخ محمود عرنوس- أني أظن أن هذا العرض كان الغرض منه محنة المعروض عليه حتى يعرف مقدار ولائه للحكومة، فإن العلمـاء كمـا يظهر كانوا يمتنعون عن أن يتولوا عملاً في حكومة لا يحبونها لئلا يكون ذلك تأييداً لها، وقد حصـل أنـه قام بالكوفة في هذا العهد ثائران: أولهما زيد بن علي بن الحسين الـذي خرج في سنة ١٢٢هـ في خلافة هشام بن عبدالملك وإمارة يوسف بن عمر الثقفي على العـراق، فقتـل، والثـاني: عبداللّه بـن معاويـة بـن عبداللّه بن جعفر، وقد كانت بدت من أبي حنيفة كلمة تدل على امتداح زيد كما نقل ذلك عمن كتبوا سيرته، ويمكن أن يكون ذلك منه في ايام عبداللّه بن معاوية فأراد يزيد بن هبيرة أن يختبر ولاءه لبـني أميـة، فعرض عليه القضاء، فامتنع، فضربه، لأنه شعر بانحرافه عن بني أمية، لا لأنه أبى أن يتولى القضاء. انتهى كلام الخضري -عن كتاب تاريخ القضاء- محمود عرنوس: ص٧٢، ٧٣.



المبحث الثامن
في حكم الدخول في القضاء وطلبه

ذاك ما ورد في السنة الشريفة في بيان خطر القضاء، فما هو حكم الدخول فيه بالنسبة لمن يعرض عليه من قبل الإمام، وما هو حكم طلبه وسؤاله؟.

يختلف حكم الدخول في القضاء وطلبه باختلاف أحوال الشخص المعروض عليه، ولاعتبارات أخرى سيأتي ذكرها، والفقهاء اتفقوا على حكم بعض الأحوال، واختلفوا في حكم البعض الآخر:

مواضع الاتفاق :

فقد اتفقوا على ما يلي:

١- أنه إذا انحصرت صلاحية القيام بالقضاء في أحد الناس كان فرض عين عليه قبوله إذا عرض عليه، فيجبر عليه من قبل الإمام ان عزف عنه[١]. وأنما كان هذا الاتفاق بين الفقهاء لأن القضاء- كما تقدم[٢]- فرض كفاية على الصالحين له، فإن انفرد واحد بأهلية توليه، فلم

---

(١) بدائع الصنائع: جـ٧ص٤ طبع الجمالية سنة ١٣٢٨هـ، فتح القدير: جـ٥ص٤٦٠ تبصرة الحكام: جـ١ص١٢، كفاية الطالب الرباني: جـ٢ص٢٩٤، متن خليل ومواهب الجليل والتاج والإكليل: جـ٦ ص١٠٠، ١٠١، المنهاج وشرحه مغني المحتاج: جـ٤ص٣٧٣ طبع سنة ١٣٧٧هـ، المهذب: جـ٢ص٢٨٩ طبع عيسى الحلبي، حاشية الباجوري: جـ٢ص٣٢٥، حاشية البرماوي: ص٣٠٥، المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٣٦، الإنصاف: جـ١١ص١٥٦، وأما ما نقل عن الإمام أحمد من أن القضاء لا يتعين على أحد، ولو انحصرت صلاحية توليه فيه، فقد حمله ابن قدامة على من لم يمكنه القيام بالواجب لظلم السلطان أو غيره، لما ورد عن الإمام أنه قال لا بد للناس من حاكم، أتذهب حقوق الناس-انظر المغني: جـ٩ص٣٧.

(٢) انظر أواخر المبحث الخامس من هذا الفصل.

يوجد غيره؛ كان فرض عين عليه، إذ الكفاية في هذا الأمر لا تحصل إلا به[1].

ولكن ما هي الدائرة المكانية المعتبرة في تعين القضاء على شخص ما؟

رأيت في بعض كتب الشافعية أن المعتبر في ذلك هو الناحية، أي أنه ينبغي أن يجعل في كل ناحية قاض، فإذا خلت الناحية من الصالحين للقضاء إلا من واحد كان قبوله فرض عين عليه. والناحية عندهم تحدد بمسافة العدوى: وهي المسافة التي يقطعها المسافر ذهاباً وإياباً قبل دخول الليل عليه، أي يعود إلى أهله قبل ذلك[2]. وهكذا فإن على الإمام أن يعين في كل مسافة عدوى قاضياً[3].

فالشافعية رأوا أن الكفاية في هذا الفرض لا تتحقق إلا بذلك، والرأي أن هذا الأمر يخضع في تحديده إلى الأعراف وظروف العصر من حيث مدى صعوبة المواصلات وسهولتها. والمطلوب فيه توفير القضاة في البلاد بحيث يستطيع كل مواطن استعمال حقه في التقاضي من غير حرج أو مشقة.

٢- واتفقوا أيضاً على أن الدخول في القضاء أو طلبه يكون حراماً على من لا يصلح له؛ فإن أهلية القضاء تقتضي توافر شروط كثيرة في الشخص اتفق الفقهاء على كثير منها، واختلفوا في بعضها، ومن تحققت فيه هذه الشروط جاز له قبول القضاء، وغيره يحرم عليه قبوله[4]، ويحرم على الإمام تنصيبه.

٣- واتفقوا أيضاً على أن تقلد القضاء أو طلبه يكون حراماً إذا كان الهدف من تقلده أو

---

(١) المهذب: جـ٢ص٢٨٩ طبع عيسى الحلبي.

(٢) انظر هذا التفسير لمسافة العدوى في: عماد الرضا ببيان أدب القضا: ق١٠، وتحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٨٦، وفتح المعين وشرح إعانة الطالبين: جـ٤ص٢٣٣.

(٣) مغني المحتاج: جـ٤ص٢١٠ طبع سنة ١٣٧٧هـ، حاشية الباجوري: جـ٢ص٣٢٥ ، حاشية البرماوي ص٣٠٥. وقالوا: انه يجب على الإمام ان يعين في كل مسافة قصر مفتياً، ومسافة العدوى أقصر من مسافة القصر، وإنما فرقوا بين القضاء والافتاء في ذلك بكثرة الخصومات، وتكررها في اليوم الواحد، بخلاف الاستفتاء -انظر مغني المحتاج: جـ ٤ ص٢١٠ طبع سنة ١٣٧٧هـ.

(٤) تبصرة الحكام: جـ١ ص١٥، ١٧، كفاية الطالب الرباني: جـ٢ص٢٩٤، حاشية الباجوري: جـ٢ص٣٢٥، حاشية البرماوي: ص٣٠٥، المغني لابن قدامة جـ٩ص٣٥.

طلبه محرماً، وذلك كأن يبتغي به الانتقام لنفسه من أعدائه، أو الاكتساب بالارتشاء وكذلك إذا طلبه من أجل إقصاء قاض آخر أهل للقضاء عنه، حتى ولو كان الطالب أصلح له[1].

مواضع الاختلاف:

وقد اختلفوا فيما يلي:

١- **طلب القضاء في حالة تعينه[2] على شخص من الأشخاص**: فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يكون في هذه الحالة فرض عين، وذلك كما تقدم في حالة دخوله فيه إذا عرض عليه من غير طلب[3]؛ وذلك لأن القيام بفرض الكفاية منحصر فيه، فيكون واجباً عليه قبوله إذا عرض عليه، وطلبه إذا لم يعرض عليه. وقد استأنسوا لذلك بما جاء في الكتاب الكريم حكاية عن يوسف عليه السلام، وهو قوله تعالى: ﴿قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ﴾ [يوسف:٥٥]، فإنه كان بين قوم كفار، فأراد استصلاحهم ودعاءهم إلى الله تعالى بالسعي في هذه الولاية، دون غيرها؛ لأن المتولي لأرزاق العباد تذل له الرقاب، وتخضع له الجبابرة، ولا يستغني أحد عن بابه[4].

ولكن الحنابلة ذهبوا إلى عدم وجوب طلب القضاء في حال من الأحوال، حتى ولو

---

(١) الأصول القضائية: ص٢٩٧، تبصرة الحكام: جـ١ص١٧، كفاية الطالب الرباني: جـ٢ص٢٩٤، مواهب الجليل: جـ٦ص١٠٢، مغني المحتاج: جـ ٤ص٣٧٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٧١.

(٢) وذلك بأن يكون من أهل الاجتهاد، أو من أهل العلم والعدالة، ولا يكون هناك قاض، أو يكون ولكن لا تحل ولايته، أو ليس في البلد من يصلح للقضاء غيره، أو لكونه إن لم يل القضاء وليه من لا تحل ولايته، وكذلك إن كان القضاء بيد من لا يحل بقاؤه عليه، ولا سبيل إلى عزله إلا بتصدي هذا إلى الولاية، فيتعين عليه التصدي، والسعي فيه إذا قصد بطلبه حفظ الحقوق وجريان الأحكام على وفق الشرع- انظر تبصرة الحكام: جـ١ص١٦، ومواهب الجليل: جـ٦ص١٠١.

(٣) الأصول القضائية: ص٢٧٩، تبصرة الحكام: جـ١ص١٦، مواهب الجليل والتاج والإكليل: جـ ٦ ص١٠٠، ١٠١، كفاية الطالب الرباني: جـ ٢ص٢٩٤، ابن القاسم وحاشية البرماوي: ص٣٠٥، حاشية الباجوري: جـ٢ص٣٢٥.

(٤) تبصرة الحكام: جـ١ص١٦.

انحصرت أهلية القضاء في شخص من الأشخاص، وفي حكم طلب القضاء في هذه الحالة روايتان عن الإمام أحمد:

إحداهما: أنه يكره له ذلك، وأصل ذلك ما قاله في رواية ابنه عبدالله(١) في الرجل يكون في بلد لا يكون فيه أحد أولى بالقضاء منه لعلمه ومعرفته فقال: (لا يعجبني أن يدخل الرجل في القضاء، وهو أسلم له). وقد استدلوا لهذه الرواية بما تقدم ذكره من الأحاديث التي تنهى عن طلب القضاء.

والثانية: أنه لا يكره له الطلب، ولكن لا يجب عليه، وأصل ذلك ما قاله الإمام أحمد في رواية المروذي(٢) (لابد للمسلمين من حاكم، أفتذهب حقوق الناس؟).

واستدلوا لهذه الرواية بأن الطلب في هذه الحالة يكون رفعاً للمنكر، فلا يكون مكروهاً(٣).

والواقع أن هذا الوجه الذي ذكروه للرواية الثانية يقتضي أن يكون طلب القضاء في هذه الحالة أمراً واجباً على الشخص الذي تحققت فيه أهلية القضاء دون غيره، ويدل على ذلك قول الإمام (أفتذهب حقوق الناس؟)، فقد رتب رحمه الله تعالى ضياع الحقوق على الامتناع عن طلب القضاء، وإضاعة الحقوق حرام، فيكون العزوف عن القضاء في هذه الحالة وعدم طلبه محرماً، والطلب واجباً. وكذلك رفع المنكر فهو من فروض الكفاية في الدين، قال تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَـئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ [آل عمران:١٠٤]، فيكون واجباً على من قدر عليه دون غيره.

ثم إن الرواية الأولى عن الإمام أحمد لا تدل -كما ذهبوا إليه- على كراهة طلب القضاء

---

(١) هو عبدالله بن أحمد بن محمّد بن حنبل الشيباني أبو عبدالرحمن الحافظ، روى عن أبيه المسند، مات سنة ٢٩٠هـ- خلاصة التذهيب: ص١٦١، وانظر طبقات الحنابلة لأبي يعلى جـ١ص١٨٠-١٨١، ففيها ترجمة مفصلة لحياته.

(٢) هو أحمد بن محمّد الحجاج، أبو بكر المروذي، من أصحاب أحمد بن حنبل، وكان مقدماً عنده لورعه وفضله، روى عنه مسائل كثيرة، مات سنة ٢٧٥هـ انظر طبقات الحنابلة: جـ١ص٥٦-٦٣.

(٣) انظر الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٧١، والإنصاف: جـ١١ص١٥٦.

في حالة التعين، بل إنها لم تتعرض لهذه الحالة، وإنما تدل على أنه كره لمن كان أولى بتولي القضاء أن يطلبه، وهذا لا يلزم منه أن يكون كره ذلك بالنسبة لمن انحصرت فيه الأهلية، وتعين فيه القضاء.

٢- طلب القضاء من أجل الارتزاق من بيت المال:

فقد ذهب بعض المالكية إلى أن حكمه الإباحة، بالنسبة لمن كان فقيراً كثير العيال[١].

وذهب آخرون منهم إلى أن حكم هذه الحالة هو الاستحباب[٢].

وذهب الشافعية إلى أن طلب القضاء في هذه الحالة يكون مندوباً إذا كان الطالب محتاجاً إلى الرزق، لأنه يحصل كفايته بسبب هو طاعة، لما في العدل من جزيل الثواب، فإن لم يكن محتاجاً إلى الرزق كره له الطلب، وكره له قبوله إذا دعي إليه؛ لما فيه من دخولٍ في الخطر من غير حاجة[٣].

ولكن مقتضى ما ذهب إليه الحنابلة من كراهة الطلب مطلقاً -حتى ولو كان من أجل رفع منكر على إحدى الروايتين اللتين تقدم ذكرهما -أن حكم الطلب في هذه الحالة يكون مكروهاً أيضاً.

وهذا هو مقتضى كلام الحنفية أيضاً، حيث جعلوا الامتناع عن الدخول في القضاء أولى من القبول في غير حالة تعينه على أحد، وكرهوا طلبه في غير هذه الحالة أيضاً[٤].

---

(١) تبصرة الحكام: جـ١ص١٦، ١٧، كفاية الطالب الرباني: جـ٢ص٢٩٤.

(٢) مواهب الجليل: جـ٦ص١٠٢، ١٠٣.

(٣) المنهاج ومغنى المحتاج: جـ٤ص٣٧٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، المغني لابن قدامة: جـ٩ص٣٦.

(٤) انظر الهداية وفتح القدير: جـ٤ص٤٥٨-٤٦٠.

٣- طلب القضاء من أجل إشهار العلم:

وذلك كأن يكون هناك عالم خفي علمه عن الناس، فطلب ولاية القضاء من أجل أن يشتهر علمه، أو كان هناك خامل الذكر لا يعرفه الإمام ولا الناس، فأراد السعي في القضاء ليعرف موضع علمه.

فذهب المالكية والشافعية إلى أن طلب القضاء في هذه الحالة يكون مندوباً(١).

ولكن مقتضى مذهب الحنابلة والحنفية كراهة ذلك، لأنهم قالوا بكراهة الطلب في غير الأحوال التي يتعين القيام فيها بالقضاء على شخص معين(٢).

٤- طلب القضاء من أجل المباهاة والاستعلاء وتحصيل الجاه والشهرة:

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى كراهة ذلك(٣).

بينما ذهب جماعة من الشافعية إلى حرمة ذلك، وهو قول آخر للمالكية، وذلك لقوله تعالى: ﴿تِلْكَ الدَّارُ الآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لاَ يُرِيدُونَ عُلُوّاً فِي الأَرْضِ وَلاَ فَسَاداً وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ﴾ [القصص:٨٣].

---

(١) خليل ومواهب الجليل والتاج والإكليل: جـ٦ص١٠٢، تبصرة الحكام: جـ١ص ١٦و١٧، كفاية الطالب الرباني: جـ٢ص٢٩٤، ومغني المحتاج: جـ٤ص٣٧٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٢) ولكن ابن قدامة نقل عن أبي عبدالله بن حامد أنه إن وجد وجل خامل لا يرجع إليه في الأحكام، ولا يعرف، فالأولى له توليه، ليرجع إليه في الأحكام، ويقوم به الحق، وينتفع به المسلمون، ثم قال بعد ذلك: (وعلى كل حال فإنه يكره للإنسان طلبه والسعي في تحصيله، لأن أنساً روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه، ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكاً يسدده»، وقال رسول الله ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة: «يا عبدالرحمن: لا تسأل الإمارة، فإنك ان اعطيتها عن مسألة وكلت اليها، وإن اعطيتها من غير مسألة أعنت عليها»، انظر المغني جـ٩ص٣٦، والحديثان سبق تخريجهما في صفحة ٦٥، ٦٦، فلعل ابن قدامة حمل ما نقله عن أبي عبدالله على حالة الدخول في القضاء من غير طلب، وأما حالة الطلب ففيها الكراهة دائماً.

(٣) تبصرة الحكام: جـ١ص١٧، كفاية الطالب الرباني: جـ٢ص٢٩٤، مغني المحتاج، جـ٤ص٣٧٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٧٢.

٥- طلب القضاء ببذل المال:

ذهب كثير من الفقهاء إلى حرمته مطلقاً في حق الباذل والمبذول له، وذلك لما ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لعن الله الراشي والمرتشي»[١].

والراشي: باذل الرشوة، والمرتشي: قابلها[٢].

ولكن بعض فقهاء الشافعية ذهبوا إلى وجوب التفريق بين باذل الرشوة وقابلها، فأما القابل: فالرشوة التي أخذها حرام عليه في جميع الأحوال، وهو ملعون بنص الحديث الشريف المتقدم.

وأما الباذل: فينظر إلى حاله، فإن كان القضاء متعيناً عليه، أو كان ممن يسن له توليه جاز له بذل المال، ولكن الآخذ ظالم بالأخذ، وقالوا: وهو شبيه بحالة تعذر الأمر بالمعروف إلا ببذل المال: واما إذا لم يكن القضاء فرضاً ولا سنة بالنسبة للشخص، فلا يجوز بذل المال من أجل الحصول عليه.

وقالوا أيضاً: إنه يجوز له بذل المال بعد التولية لئلا يعزل، ويكون الأخذ ظالماً بالأخذ، وأما إذا كان من أجل عزل قاض ليس أهلاً للقضاء، فهو مستحب عندهم، لما فيه من تخليص الناس منه، ولكن آخذه ظالم بالأخذ، ولكن بذله من أجل عزل قاض أهل للقضاء حرام، فإن عزل وولي الباذل لا ينفذ قضاؤه إلا عند الضرورة، وفي غير حالة الضرورة يظل المعزول على قضائه والباذل لا تصح توليته[٣].

---

(١) ورد هذا الحديث الشريف من طريق أبي هريرة -انظر: الجامع الصحيح: جـ٣ص٦٢٢ ولفظه عنده (لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي في الحكم) وقال عنه الترمذي: حسن صحيح، ومسند احمد: جـ١٥ص٢١٢، والسنن الكبرى: جـ١٠ص١٣٩، وسبل السلام: جـ٤ص١٦٩ طبع صبيح، وقال الصنعاني: صححه ابن حبان، ومن طريق عبدالله بن عمرو- انظر: سنن أبي داود: جـ٣ص٤٠٩، وسنن ابن ماجة: جـ٢ص٧٧٥ ولفظه عنده (لعنة الله على الراشي والمرتشي)، وأورده ابن الجارود عن الإثنين وبلفظ المتن: ص٣٨١، وقد ورد في موارد الظمآن: ص٢٩٠، وقال ابن حجر: رواه الحاكم وابن حبان -انظر التلخيص الحبير: جـ٤ص١٨٩.

(٢) حاشية ابن عابدين: جـ٥ص٣٦٢، تبصرة الحكام: جـ١ص١٥، مواهب الجليل: جـ٦ص١٠١، الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٧٢، الإنصاف: جـ١١ص١٥٧.

(٣) مغني المحتاج: جـ٤ص٣٧٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

الفصل الثاني

تعريف الدعوى

إن مفهوم الدعوى في الفقه الإسلامي بيّن، وطبيعتها واضحة في أذهان الفقهاء المسلمين، ولو كان الأمر كذلك عند أهل القانون لحصل المقصود من الكلام في هذا الفصل ببيان المعنى اللغوي للدعوى، وذكر ما اشتهر من تعريفات الفقهاء وأهل القانون لها، وتحليلها، واختيار تعريف مناسب من بينها، ولكن مفهومها عند أهل القانون غير واضح، حتى اختلفوا في تحديده، وترتب على اختلافهم هذا خلاف في تحديد علاقة الدعوى بالحق الذي تحميه.

لهذا كله كان الكلام في هذا الفصل منحصراً في خمسة مباحث:

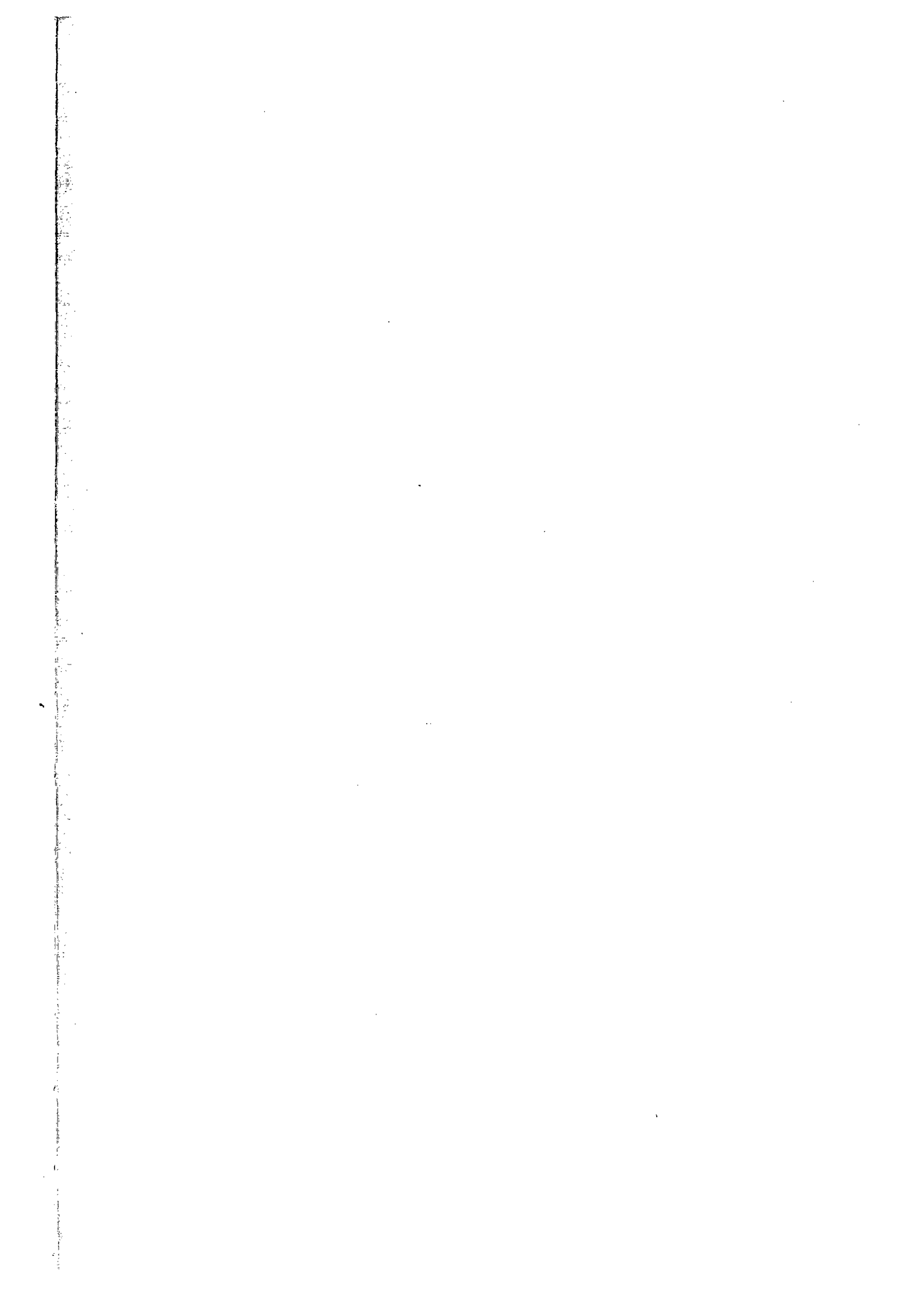
المبحث الأول: في المعنى اللغوي للدعوى.

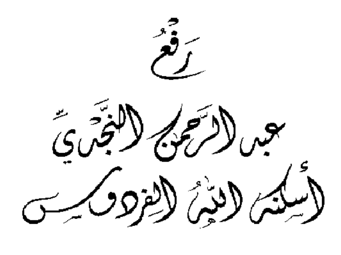
المبحث الثاني: في المعنى الاصطلاحي للدعوى.

المبحث الثالث: في تعريف الدعوى عند أهل القانون.

المبحث الرابع: في بيان معنى الحق باعتباره عنصراً من عناصر تعريف الدعوى.

المبحث الخامس: في بيان علاقة الدعوى بالحق.





المبحث الأول
في
المعني اللغوي للدعوى

قبل تعريف الدعوى في اصطلاح الفقهاء لا بد من بيان المعاني اللغوية المختلفة التي يستعمل فيها هذا اللفظ، وذلك لتوضيح العلاقة بين المعنى اللغوي، وما اختاره الفقهاء من معنى اصطلاحي؛ إذ أنه وإن كان لا مشاحنة في الاصطلاحات، إلا أنه لا بد من ارتباط المعنى الاصطلاحي لأي لفظ من الألفاظ بأصل المعنى الذي وضع من أجله اللفظ في اللغة برباط ما:

والدعوى في اللغة اسم من الادعاء، وهو المصدر، أي أنها اسم لما يدّعى[1] وتجمع على دعاوي بكسر الواو وفتحها[2].

ولها في اللغة إطلاقات متعددة: منها الحقيقي، ومنها المجازي، ولعل معظمها يرجع إلى معنى أصلي واحد (وهو الطلب) وفيما يلي نذكر أقرب هذه الاطلاقات إلى ما اتخذه الفقهاء من معنى اصطلاحي لها:

١- **الطلب والتمني**[3]: وهذا كما في قول اللّه تعالى: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مَا

---

(١) لسان العرب - مادة دعو: مجلد ١٤ص٢٥٧.

(٢) المصباح المنير: جـ١ص٢٦٥، ٢٦٦، تاج العروس: جـ١٠ص١٢٨، وقد قال بعضهم: الفتح أولى، لأن العرب آثرت التخفيف ففتحت، وقال بعضهم الكسر الأولى، وهو المفهوم من كلام سيبويه، لأنه أثبت أن ما بعد ألف الجمع لا يكون إلا مكسوراً -انظر تاج العروس: جـ١٠ص١٢٨.

(٣) التعريفات: -الجرجاني: ص٧٢.

يَدَّعُونَ﴾ [يس:٥٧]، وذكر بعضهم أن قول رسول اللّه ﷺ «ما هـذا، دعـوى أهـل الجاهلية؟»[١] هو من قبيل الطلب: وهو قولهم: يالفلان، كانوا يدعون بعضهم بعضاً عند الأمر الحادث الشديد[٢]، ومنه حديث جابر[٣] قال: «كنا مع النبي ﷺ في غزاة، فكسع[٤] رجل من المهاجرين رجلاً من الأنصار، فقال الأنصاري: يا للأنصار، وقال المهاجري: يا للمهاجرين، فقال رسول اللّه ﷺ: ما بال دعوى الجاهلية؟ قالوا: يا رسول اللّه: كسع رجل من المهاجرين رجلاً من الأنصار، فقال: دعوها فإنها منتنة»[٥].

٢- وتستعمل أيضاً بمعنى الدعاء[٦]: كما في قول اللّه تعالى: ﴿دَعْوَاهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ، وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ ، وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ [يونس:١٠]، وجاء في لسان العرب: لو قلت: اللّهم أشركنا في صالح دعاء المسلمين، أو دعوى المسلمين، جاز[٧].

والدعاء: هو الرغبة إلى اللّه تعالى فيما عنده من الخير، والابتهال إليه بالسؤال[٨].

٣- وتطلق أيضاً على الزعم[٩]، ولكنهم اتفقوا على أن العرب لا تطلقها على القول المدعوم بالحجة والبرهان، بل يصير عندئذ حقاً، وصاحبه محقاً لا مدعياً، فلا يطلقونها على

---

(١) هذا جزء من حديث تمامه في صحيح مسلم: فقد روى بسنده عن جابر قال: «اقتتل غلامان: غلام من المهاجرين وغلام من الأنصار، فنادى المهاجر، ياللمهاجرين ونادى الأنصاري: ياللأنصار، فخرج رسول اللّه ﷺ فقال: ما هذا دعوى أهل الجاهلية؟ قالوا: لا يا رسول اللّه، إلا أن غلامين اقتتلا، فكسع أحدهما الآخر، قال: لا بأس، ولينصر الرجل أخاه ظالماً أو مظلوماً: إن كان ظالماً، فلينهه، فإنه له نصر، وإن كان مظلوماً فلينصره» -انظر صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٦ص١٣٧، ١٣٨.

(٢) لسان العرب - مادة دعو: مجلد١٤ص٢٥٦.

(٣) هو جابر بن عبداللّه الأنصاري السلمي المدني، صحابي مشهور، شهد العقبة، وغزا تسع عشرة غزوة، مات سنة ٧٨هـ بالمدينة عن أربع وسبعين سنة -خلاصة التذهيب: ص٥٠.

(٤) أي ضرب دبره وعجيزته بيد أو رجل أو سيف وغيره -انظر النووي على مسلم: جـ١٦ص١٣٨.

(٥) انظر صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٦ص١٣٨.

(٦) لسان العرب: مجلد١٤ص٢٥٧، تاج العروس: جـ١٠ص١٢٦.

(٧) لسان العرب: مجلد١٤ص٢٥٧.

(٨) تاج العروس: جـ١٠ص١٢٦، المصباح المنير: جـ١ص٢١٥، لسان العرب: مجلد ١٤ص٢٥٧.

(٩) لسان العرب: مجلد ١٤ص٢٦١، تاج العروس: جـ١٠ص١٢٧.

نبوة محمّد ﷺ؛ لأن ما صدر عنه ﷺ كان مقروناً بالحجة الساطعة وهي المعجزة، وكانوا يسمون مسيلمة الكذاب[1] مدعياً للنبوة[2].

٤- **وتستعمل كثيراً بمعنى**: إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً، سواء أكان ملكاً أم استحقاقاً من غير تقييدها بحال المنازعة أو المسالمة[3]، وهي بهذا المعنى مأخوذة من قولهم «أدعي» إذا أضاف الشيء إلى نفسه بأن قال: هو لي أو ملكي. ولا يبعد عن هذا تفسير بعضهم لها بأنها في اللغة: قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره لنفسه[4].

---

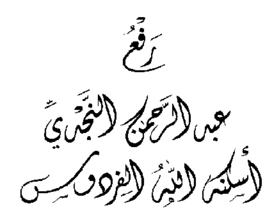
(١) هو مسيلمة بن ثمامة الوائلي: متنبيء، وفي الأمثال «أكذب من مسيلمة» ولد ونشأ باليمامة، ادعى النبوة، وكان يضع اسجاعاً يضاهي بها القرآن-الأعلام للزركلي: جـ٨ص١٢٥.

(٢) المبسوط: جـ١٧ص٢٩، روضة القضاة: ق٣١ب.

(٣) وجدت هذا المعنى اللغوي مذكوراً في كثير من الكتب الفقهية، ولكني لم أعثر عليه فيما وقعت عليه من كتب اللغة -انظر تبيين الحقائق: جـ٤ص٢٩٠، مجمع الأنهر: جـ٢ص٢٤٩، المغني: جـ٩ص٢٧١.

(٤) انظر: كشاف اصطلاحات الفنون: مجلد ١ ص٥٠٤، ودرر الحكام: جـ٢ص٣٢٩، هذا ويستعمل لفظ «الدعوى» ومشتقاته في معان مجازية كثيرة: من ذلك قولهم «تداعوا عليه» أي تجمعوا، أو دعا بعضهم بعضاً حتى يجتمعوا، ومنه قولهم: «تداعت القبائل على بني فلان» إذا تألبوا ودعا بعضهم بعضاً إلى التناصر عليهم. ومنها: داعية اللبن: أي بقيته التي تدعو سائره، وفي الصحاح ما يترك في الضرع ليدعو ما بعده، ومنه الحديث أن رسول الله ﷺ أمر ضرار بن الأزور أن يحلب ناقة وقال له (دع داعي اللبن لا تجهده) أي ابق في الضرع قليلاً من اللبن، فينزله-انظر: تاج العروس: جـ١٠ص١٢٧، وأساس البلاغة للزمخشري- مادة دعو: ص٢٧٣، والحديث المذكور عن ضرار بن الأزور أخرجه أحمد في مسنده، والبخاري في التاريخ، وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك-انظر الفتح الكبير جـ٢ص١١١.

و«الدعوة» بالتاء المربوطة اسم المرة من الفعل دعا، وهي فتح الدال: الدعاء إلى الطعام وبكسرها النسب ويروى عن بعض قبائل العرب عكس ذلك، وقد يقصد بها الأذان، فيطلقون على المؤذن «الداعي»، لأنه يدعو إلى ما يقرب من الله، ومنه الحديث (الخلافة في قريش، والحكم في الأنصار، والدعوة في الحبشة) أراد بالدعوة الأذان -انظر تاج اللغة وصحاح العربية، ص٢٣٣٦، وتاج العروس: جـ١٠ص١٢٧، والحديث المذكور أخرجه أحمد في مسنده عن عتبة بن عبدان، والطبراني في الأوسط- انظر: مجمع الزوائد: جـ٤ص١٩٢، والفتح الكبير: جـ٢ص١٠٦، وتاريخ الخلفاء للسيوطي: ص٩، وله ألفاظ أخرى عند النسائي والبزار والبيهقي والحاكم عن علي وأنس وأبي هريرة واختلف في وقفه ورفعه، ورجح الدارقطني انه موقوف- التلخيص الحبير: جـ٤ص٤٢.



المبحث الثاني
في
المعنى الاصطلاحي للدعوى

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يختلفوا في تحديد طبيعة الدعوى، واعتبروها تصرفاً قولياً له شروط خاصة بوجودها جميعها يعترف الشارع بقيامها وبآثارها، وهم بناء على ذلك لم يتباعدوا كثيراً عن بعضهم في اختيار الألفاظ التي تحتوي تلك الطبيعة، ومع ذلك فإنه يمكن تصنيفهم في هذا المقام إلى الفئات التالية:

الفئة الأولى:

وهم جماعة الفقهاء الذين عرفوا الدعوى بأنها «طلب أو مطالبة»[1] وهؤلاء:

إما أنهم نظروا إلى مضمون الدعوى، فلم يتقيدوا بلفظها كثيراً، فأخذوا بعين الاعتبار هدف المدعي من إخباره الذي يسرده أمام القاضي، وهو المطالبة بالحق، وإما أنهم اشترطوا في الدعوى أن تحتوي على لفظ طلبي. ونختار لأصحاب هذا الاتجاه من الفقهاء تعريفين: أحدهما لفقهاء الحنفية، والآخر للقرافي[2] من المالكية:

---

(١) العناية على الهداية -انظر فتح القدير: جـ٦ص١٣٧،درر الحكام: جـ٢ص٣٢٩، جواهر الروايات: ص٢٠، مجلة الأحكام العدلية م ١٦١٣، الفروق: جـ٤ص٧٢، الطريقة المرضية: ص٢٣.

(٢) هو أحمد بن إدريس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي، من علماء المالكية، نسبته إلى قبيلة صنهاجة «من برابرة المغرب» وإلى القرافة «المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي» بالقاهرة، وهو مصري المولد والمنشأ =

١- فقد عرف بعض الحنفية الدعوى بقولهم:

هي (**مطالبة حقٍ في مجلس من له الخلاص عند ثبوته**)[1]، والمقصود بالحق أن يكون من حقوق العباد، والمقصود بمن له الخلاص القاضي[2]،فإنه هو الذي يختص بالنظر في الخصومات وإصدار الأحكام، وألحق بعضهم المحكَّمَ به، لأنه -أيضاً- يلزم الخصم بالحق ويخلصه[3]. ولا يبعد عن هذا التعريف ما اختاره واضعو مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء فيها أن الدعوى هي (**طلب إنسان حقاً على غيره لدى الحاكم**)[4]، وهذا تعريف يضع حدوداً بين الدعوى والتصرفات القولية الأخرى التي تحدث أمام القضاء كالشهادة والإقرار، فإن هذه ليست مطالبة بحق. وهو تعريف جامع أيضاً إن قصد بالحق معناه الواسع بحيث يشمل الحق الوجودي والحق العدمي[5]، ويقصد بالحق الوجودي مختلف أنواع الحقوق كالملكية وغيرها، وبالعدمي حق الإنسان في أن لا يتعرض أحد لحقه الوجودي[6]. وإلا فإن أريد به الوجودي فقط، فإنه لا يدخل في التعريف دعوى منع التعرض؛ إذ ليس فيها إلا طلب حق عدمي، لأنها طلب إنسان عدم التعرض لحقه لدى الحاكم.

وقد يؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع من جهة أنه يدخل فيه دعوى الفضولي فإنه يطالب بحق على غيره لدى الحاكم، ولكنه يطالب لغيره، لا لنفسه ولا لمن يمثله، وهي دعوى غير صحيحة اصطلاحاً، وإن كانت داخلة في المفهوم اللغوي للدعوى، والمطلوب هو تعريف الدعوى الشرعية، فكان الأصح أن يقال في تعريف الدعوى أنها (**طلب إنسان حقاً له أو لمن يمثله على غيره لدى الحاكم**).

والوفاة، له مصنفات جليلة في الفقه والأصول منها: «أنواء البروق في أنوء الفروق» و«الذخيرة» وغيرهما، توفي سنة ٦٨٤هـ-الأعلام: جـ١ص٩٠، الديباج المذهب: ص٦٢-٦٧.

(١) درر الحكام: جـ٢ص٣٢٩، العناية على الهداية: جـ٦ص١٣٧.

(٢) درر الحكام: جـ٢ص٣٢٩.

(٣) حاشية الشرنبلالي على درر الحكام: جـ٢ص٣٢٩.

(٤) المادة ١٦١٣ من المجلة.

(٥) تنوير الأبصار: جـ١ص٣٧٢، مخطوط يتعلق بالقضاء والحكام- التمرتاشي الغزي: ق٦ب.

(٦) موجز في المرافعات الشرعية -أحمد ابراهيم: ص٢، ٣.

٢- وأما القرافي من المالكية فقد عرف الدعوى في كتابه «الفروق» بأنها (**طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعاً لا تكذبها العادة**)[١].

وقوله (معين) إشارة إلى شرط المعلومية في الحق المدّعى، ولا يشمل إلا دعوى المطالبة بعين.

وقوله (ما في ذمة معين) فيه إشارة إلى دعوى الدين. وقوله (معين) الثانية يقصد به المدين، وهو قد يكون معيناً بالشخص كزيد، أو بالصفة كدعوى الدية على العاقلة[٢].

وأما قوله (أو ما يترتب عليه أحدهما) فهو إشارة إلى الحالة التي لا يكون المدعى به فيها حقاً من الحقوق، ولكنه يترتب عليه طلب حق معين، وذلك كدعوى المرأة الطلاق أو الردة على زوجها، فيترتب عليه حوز نفسها. أو ما يترتب عليه حق في الذمة، كدعوى الوارث أن أباه مات مسلماً أو كافراً، فيترتب له الميراث[٣].

ثم ختم التعريف بذكر بعض شروط الدعوى المعتبرة في صحتها وهي:

أ- كونها ذات أهمية معقولة، فلا تصح دعوى سمسمة أو عشرها[٤].

ب- أن لا تكذبها العادة، كدعوى من تقادم حقه على حائزه الذي مضى عليه وقت طويل يتصرف به على عين الآخر، من غير أن يتحرك هذا الأخير بدعوى أو طلب لحقه، فهذه دعوى تكذبها عادة الناس في أنهم لا يسكتون عن حقوقهم هذه المدة الطويلة.

وقد يؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع لدخول الدعوى بمعناها اللغوي فيه، وذلك لعدم تقييد الطلب بكونه في مجلس القضاء، فهذا هو الفرق الجوهري بين الدعوى بمعناها الاصطلاحي، والدعوى بمعناها اللغوي، فكان ينبغي ذكر ذلك، خصوصاً أن التعريف تعرض لذكر شروط أخرى.

---

(١) الفروق: جـ٤ص٧٢.
(٢) الفروق: جـ٤ص٧٢، الطريقة المرضية: ص٣.
(٣) الفروق: جـ ٤ص٧٢، الطريقة المرضية: ص٣.
(٤) الفروق: جـ٤ص٧٢، الطريقة المرضية: ص٣.

الفئة الثانية:

وذهبت جماعة أخرى إلى تعريف الدعوى بأنها (قول)[1]، وكأن هؤلاء لاحظوا أن الدعوى قد تكون بلفظ إخباري، كما قد تكون بلفظ طلبي، وكلاهما يصدق عليه لفظ (قول).ونختار التعريف التالي ممثلاً لهذا الاتجاه:

فقد عرفها بعضهم بقوله (**هي قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق لنفسه[2] قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه**)[3]. وهو تعريف آخر من التعريفات المعتمدة في المذهب الحنفي: وقد قيدوا (القول) بقولهم (مقبول) لإخراج كل قول لم تتوفر فيه الشروط المطلوبة في الدعوى، وقيدوه (عند القاضي) لتمييزها عن الدعوى بمعناها اللغوي[4]، فإنها متحققة بالقول المتضمن للطلب سواء كانت عند القاضي أو غيره، وهم يلحقون بالقاضي من يختاره المتنازعان حكماً بينهما[5]، وقد ميز بعضهم الدعوى أمام القاضي عنها أمام المحكم بأن الأولى تولد الإلزام بنظرها للقاضي، ولا تولده بالنسبة للمحكّم، حيث يكون مخيراً بين إجابة المتنازعين وعدمها[6].

ثم ذكر في التعريف مضمون القول المقبول: وهو طلب الحق الذي تضمنه القول. ولا يدخل في هذا الجزء من التعريف طلب الإنسان عدم التعرض لحقه، فأكمل ذلك بقوله (أو دفعه عن حق نفسه) مشيراً إلى دخول دعوى منع التعرض التي قبلها جميع الفقهاء مع أن

---

(١) مخطوط يتعلق بالقضاء والحكام -التمرتاشي الغزي: ق٢٦أ، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٠، عقود الجواهر: جـ٢ص٥٧، فصل القضية: ص٥.

(٢) لابد من هذا القيد (لنفسه)، لتمييز الدعوى عن الشهادة والإقرار - مخطوط يتعلق بالقضاء - التمرتاشي الغزي: ق٦أ، مباحث المرافعات: ص٤.

(٣) تنوير الأبصار: جـ١ص٣٧٠، ٣٧٢، وورد ما هو قريب منه في عقود الجواهر: جـ٢ص٥٧. وقد تبنى هذا التعريف معظم المحدثين ممن كتبوا في المرافعات الشرعية-انظر: موجز في المرافعات الشرعية- أحمد إبراهيم: ص٢، ٣، خلاصة نظرية المرافعات - أبو الفتح: ص٤، مباحث المرافعات: ص٣.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٠، ٣٧١.

(٦) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٠، ٣٧١.

بعض علماء الحنفية رأوا أنه لا حاجة إلى هذا القيد الأخير إذا قصد بالحق معناه الأعم الشامل للحق الوجودي والحق العدمي[1].

وقد يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع للدعاوى التي ينشئها أصحابها بغير القول كالكتابة والإشارة:

الفئة الثالثة:

ورأت فئة أخرى أن الدعوى في حقيقتها إخبار[2] وإن كانت تتضمن طلباً لمضمون هذا الإخبار، ومع ذلك فإن بعض أصحاب هذا الرأي حرصوا على التصريح بهذا الطلب الضمني في التعريف: فعرفوها بأنها (خبر تجرد عن مصدق يدل على طلب مضمونه للمخبر)[3]. وعرفوها أيضاً بقولهم (هي إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به)[4]. والبعض الآخر رأى أنه لا ضرورة لتضمين التعريف ما يدل على مضمون الإخبار[5]. لأن هذا مفهوم من كون الإخبار في مجلس القضاء، فإنه ما أنشئ إلاّ للفصل بين المتخاصمين، وسبيلاً لاقتضاء الحقوق وحمايتها، لا لسماع الحكايات والقصص.

إلا أن التعريف الأول يختلط بمفهوم الدعوى في اللغة؛ فإنها خبر يدل على طلب مضمونه للمخبر، وكان ينبغي تقييده بكونه في مجلس القضاء، وهو ما تداركه التعريف الثاني.

الفئة الرابعة:

وذهب الحنبلية إلى تعريف الدعوى بأنها (إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد

---

(١) تنوير الأبصار وقرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧١، ٣٦٧٢، مخطوط يتعلق بالقضاء- التمرتاشي: ق٦ب.

(٢) المنهاج وشرحه للمحلي وحاشية قليوبي: جـ٤ص٣٣٤، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٥، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠، عماد الرضا ببيان أدب القضا: ق١ب.

(٣) القول المرتضى: ق٦أ.

(٤) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٥، عماد الرضا ببيان أدب القضا: ق١ب.

(٥) المنهاج بشرح المحلي: جـ٤ص٣٣٤، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص٢٨٥، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠.

غيره أو في ذمته)[1]. وهذا التعريف غير مانع؛ لإنه لا يفرق بين الدعوى بمعناها اللغوي، والدعوى بمعناها الشرعي، لأنه أغفل ذكر المكان الذي يجب إنشاء الإضافة فيه، وهو مجلس القضاء، والمطلوب هو تعريف الدعوى المعتبرة في نظر الشارع لا الدعوى مطلقاً.

وأصحاب هذا التعريف يحاولون استغراق نوعي الدعوى فيه: دعوى العين، بقولهم «في يد غيره» ودعوى الدين، بقولهم «أو في ذمته» ولكن الدعاوى لا تنحصر في هذين النوعين: كدعوى النسب مثلاً، فهي لا تتضمن إضافة استحقاق شيء جديد في يد غيره، ولا في ذمته، فهو تعريف غير جامع من هذه الناحية لإنه لا يضم تحت طياته اللفظية جميع أنواع الدعاوى، وهو أيضاً يشمل دعوى منع التعرض، ومع أن الحنبلية لا يذكرونها في كتبهم، إلا أن قواعدهم في شروط الدعوى لا تنافيها.

التعريف المختار للدعوى:

ولعل خير تعريف للدعوى أن يقال: هي (**قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله، أو حمايته**)، لما يلي:

١- لأنه يبين طبيعة الدعوى: فهي -كما سيأتي- تصرف قولي مشروع، والأصل فيه أن يكون بوسيلة القول، ولكنه يجوز أن يتم بواسطة الكتابة، أو الإشارة عند عدم القدرة على اللفظ أو الكتابة[2]. وهذا ما أشير إليه في التعريف بأن الدعوى «قول أو ما يقوم مقامه».

٢- ولأنه يميز بين الدعوى بمعناها الاصطلاحي، والدعوى بمعناها اللغوي؛ فإنها في اللغة غير مقيدة بمكان معين، وفي الشرع لا توجد إلا إذا أنشئت في مجلس القضاء، ولذلك قيد

---

(١) المغني جـ٩ص٢٧١، كشاف القناع: جـ٤ص٢٢٧، غاية المنتهى: جـ٣ص٤٧٦، منتهى الإرادات: القسم الثاني: ص٦٢٨. وقد عرفها بما هو قريب مما ذكره الحنبلية الشيخ نجم الدين النسفي في كتابه «طلبة الطلبة»: ص١٣٤ فقال «هي إضافة عين عند غيره إلى نفسه أو دين على غيره لنفسه، أو حق قبل انسان لنفسه».

(٢) موجز في المرافعات الشرعية- أحمد إبراهيم: ص٢.

التعريف بهذا القيد، ثم إن هذا القيد يخرج به كل تصرف قولي لا يشترط لصحته ووجوده أن يكون في مجلس القضاء، كالعقود وغيرها.

٣- ولأنه يميز أيضاً الدعوى عن غيرها من التصرفات التي يشترط لصحتها حدوثها في مجلس القضاء، كالشهادة والإقرار، ويظهر ذلك في تقييد القول بأنه «يقصد به إنسان طلب حق له» فإن الشهادة والإقرار لا يقصد بهما ذلك.

٤- ولأنه يدخل فيه جميع أنواع الدعاوى المعتبرة عند جمهور فقهاء الشريعة، بما فيها دعوى منع التعرض؛ وذلك لأنها قول مقبول يقصد به حماية حق الإنسان، فتدخل في التعريف، حيث يصرح بأن الدعوى تشمل ما يقصد به طلب الحق، وما يقصد به حمايته، من الأقوال الحادثة في مجلس القضاء.

هذا ويلاحظ في هذا التعريف:

أ- أنه يستبعد الدعاوى الفاسدة، وهي التي لم تستكمل الشروط المطلوبة لصحتها، ويظهر ذلك في تقييد القول بوجوب كونه مقبولاً.

ب- أنه يدخل فيه الدعاوى التي يرفعها غير صاحب الحق من وكيل، أو ولي، ونحوهما، ويظهر ذلك في بيان أن الدعوى تكون بطلب الحق «لمن يمثله» الطالب.

طبيعة الدعوى:

يخلص ما تقدم أن الدعوى، حسبما نظر إليها الفقهاء المسلمون، تصرف من التصرفات القولية، التي يعتبر لصحتها شروط معينة، فقد عرفت عند معظمهم بألفاظ تؤدي جميعها إلى هذا الفهم، وقد سبق تفصيل ذلك فيما تقدم:

- فقد عرفها بعضهم بأنها «مطالبة بحق» أو «طلب حق».
- وبعض آخر عرفها بأنها «إخبار بحق» أو «خبر يقصد به طلب حق».
- وآخرون عرفوها بأنها «إضافة الإنسان إلى نفسه حقاً».

- وغيرهم عرفها بأنها «قول يقصد به طلب حق».

ولا نكاد نجد من يخرج بمفهوم الدعوى عن هذه الحدود، وهم بذلك متفقون على أن الدعوى ليست إلا تصرفاً من التصرفات الشرعية، وعلى أنها تصرف قولي على وجه الخصوص، فإن ما ذكروه تعريفاً لها لا يعدو ذلك، إذ المطالبة والطلب والإخبار والخبر والإضافة والقول كلها تصرفات قولية. وهم بذلك لا يخرجون في تحديد مفهوم الدعوى عن المعنى الذي وضعت لتدل عليه في اللغة، إذ هي فيها طلب أيضاً، وإن كانت القيود التي قرروها لاعتبار الدعوى شرعاً تميزها عن مفهومها اللغوي، وتقصرها على نوع خاص من التصرفات القولية.

هذا وقد صرح بعض المحدثين باعتبار الدعوى تصرفاً من التصرفات القولية، مشبهاً إياها بالشهادة والإقرار[1].

والدعوى عند فقهاء الشريعة تصرف مباح، وهو يعود إلى حق التقاضي الذي مضى على حمايته دستور الدولة الإسلامية منذ نشوئها في المدينة المنورة بقيادة رسول الله ﷺ، وفي مختلف عصورها.

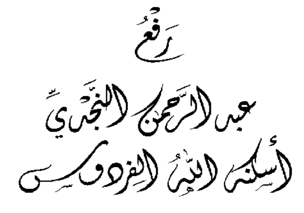
ويعني كونها تصرفاً مباحاً أنها ليست واجبا مفروضاً على الأفراد، يفهم هذا من تعريف كثير من العلماء للمدعي بأنه «من لا يجبر على الدعوى إذا ترك»[2]، فرفعها مرتبط بإرادته كبقية التصرفات الشرعية من عقود غيرها. وقد أباح الشارع هذا التصرف للناس لحماية حقوقهم التي اعترف بها لهم؛ إذ لا معنى للاعتراف بحق دون حراسته بما يكفل وجوده، والانتفاع به، وإن هذه الإباحة لهذا التصرف، وذلك الحق العام في التقاضي يضفيان هيبة لكل حق معترف به، فيفرض احترامه على جميع الناس، فيسود الاستقرار بينهم.

وهكذا فإن الدعوى وسيلة أباحها الشارع لكل فرد لحماية حقه من العدوان، أو استرداده.

---

(١) المدخل الفقهي العام- مصطفى الزرقا: جـ٢ص٦٤٢.

(٢) المبسوط: جـ٧ص٣٢، بدائع الصنائع،جـ٦ص٢٢٤، تنوير الأبصار: جـ١ ص٣٧٢، مجمع الأنهر: جـ٢ص٢٥٠، تبيين الحقائق: جـ٤ص٢٩١، المغني لابن قدامة: جـ٩ص٢٧١، كشاف القناع: جـ٦ص٣١١ طبع سنة ١٣٦٧هـ.



المبحث الثالث
في
تعريف الدعوى عند أهل القانون

لقد اختلف علماء القانون في وضع تعريف محدد للدعوى اختلافاً كثيراً:

فقد عرفها كثير منهم بأنها «**سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على معونته في تقرير الحق أو حمايته**»[1]. أو «**سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون**»[2].

وعرفها آخرون بأنها «**حق الشخص في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه، وذلك في مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية**»[3].

وقليل جدا من عرف الدعوى بأنها مطالبة بالحق أمام القضاء[4]، كما هو الحال في الفقه الإسلامي.

وهذه التعريفات القانونية للدعوى نابعة من نظرة أهل القانون لطبيعة الدعوى:

فهم لا يطلقون هذا اللفظ ليدل على المطالبة التي تحصل أمام القضاء، وإنما يطلقون

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية -ابو هيف: ص١٦، ٢٣٣.

(٢) نظرية الدفوع-ابو الوفا: ص٧٨٩.

(٣) نظرية البطلان-فتحي والي: ص١٣.

(٤) انظر: المرافعات المدنية والتجارية - محمّد حامد فهمي: ص٣٥٥، ٣٥٦، أصول المرافعات -أحمد مسلم: ص٣٥٥، ٣٥٦، وهذا ما تبناه المشرع العراقي للمرافعات، حيث اقتبس تعريفه للدعوى من مجلة الأحكام العدلية: فقد جاء في المادة الأولى من قانون المرافعات العراقي تعريف الدعوى بأنها «طلب شخص حقه من آخر بواسطة المحكمة».

الدعوى على حق الإنسان في القيام بهذه المطالبة، كما هو ظاهر من تعريفاتهم المتقدمة لها، فالدعوى عندهم حق من الحقوق، بل إن القدماء منهم، وهم ما يسمون بأصحاب النظرية التقليدية يرون أن دعوى حق من الحقوق هي ذلك الحق نفسه يتحرك إذا تعرض للعدوان، فيقولون مثلاً: أنَ دعوى الملكية هي حق الملكية بعينه إذا تعرض هذا الحق للاعتداء عليه أو إنكاره[1]. وبناء عليه قالوا: أن الدعوى والحق يتحدان ركناً وموضوعاً وسبباً وشروطاً[2]، وانهما يولدان سوياً وبنفس الصفات: فالدعوى العينية تنشأ بنشوء الحق العيني، وتأخذ صفته العينية، وتخضع في وجودها لشروط الحق نفسه، وموضوعها هو نفس موضوع الحق.

وهذا في الواقع خلط للمفاهيم بعضها ببعض؛ لأن الدعوى شيء، وحق الإنسان بالقيام بها شيء آخر، فالأولى هي التصرف، والثاني كونه تصرفاً مباحاً لكل إنسان، وهذا الثاني أقرب ما يكون إلى الحكم التكليفي في الاصطلاح الأصولي الفقهي، ولا يجوز تعريف التصرف به، والأصح أن يقال: أن الدعوى تصرف شرعي أو قانوني حكمها الإباحة، أما إطلاق الدعوى على حكمها فلا يصح. وهذا جار في كل تصرف يقوم به الإنسان، وإلا فمن الذي يقول: أن عقد البيع مثلاً هو نفسه حق البائع أو المشتري في القيام به؟ ومن الذي يقول: أن انتقال الإنسان من مكان إلى آخر هو عين حقه في هذا الانتقال؟.

ومما يؤكد مجافاة هذا الفهم القانوني للذوق العربي في استعمالات لفظ الدعوى أن العرب لا يطلقون هذا اللفظ ليدل على القول المدعوم بالحجة والبرهان، وإنما يطلقونه على الزعم المجرد عن أية حجة، كما تقدم[3]، فإن دعم بالحجة سموه حقاً، وصاحبه محقاً لا مدعياً، ولذلك لا يقال لرسول الله ﷺ مدعياً، وإنما يقال ذلك لمسيلمة الكذاب وأمثاله.

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية - أبو هيف:ص٢٣٤، وقد أشار إلى هذه النظرية معظم من كتب في المرافعات القانونية.

(٢) المرافعات المدنيةوالتجارية-ابو هيف: ص٢٣٧، ٢٣٨.

(٣) انظر: ص ٧٦ و ٧٧.

المبحث الرابع
في
بيان معنى الحق

لكلمة الحق في اللغة عدة معان يرجع معظمها إلى الثبوت والوجوب[1]. وقد استعمل الفقهاء هذه الكلمة في حدود هذا المعنى اللغوي، و لم يخرجوا عليه، ولكن في مناسبات كثيرة ومعان عديدة، وإن كانت جميعها ترجع إلى الثبوت والوجوب، إلا أنهم لم يذكروا للحق معنى اصطلاحياً فقهياً محدداً، ويقول في ذلك الشيخ علي الخفيف: (استعمل علماء الفقه الإسلامي اسم الحق كثيراً في مواضع مختلفة[2]، وفي معان عديدة متمايزة ذات دلالات مختلفة على الرغم من انتظامها في معنى عام يجمعها هو الثبوت، ومع كثرة استعمالهم له لم يعنوا ببيان حدوده في مواضع استعمالاته المختلفة، بل اكتفوا بوضوح معناه اللغوي ودلالته عليه ،

---

(١) أساس البلاغة: ص١٨٧، ١٨٨، القاموس المحيط: جـ٣ص٢٢١ طبع الحسينية سنة ١٣٣٠هـ، وجاء في المصباح المنير: الحق خلاف الباطل, وهو مصدر حق الشيء إذا وجب وثبت ــ المصباح المنير: جـ١ص٦٧- المطبعة العلمية طبع سنة ١٣١٥هـ.

(٢) ذكر الشيخ علي الخفيف كثيراً من وجوه استعمال كلمة حق عند الفقهاء فقال: (وعلى هذا قالوا من حقه أن يفعل كذا، ومن حقه أن يمتلك، ومن حقه أن يلي هذا المال. كما استعملوه فيما للانسان من حظ ونصيب، فقالوا: هذا حق فلان، وهذه العين حق فلان، وفيما يجب للانسان قبل غيره فقالوا: لفلان حق قبل فلان، كما يرى أنهم أطلقوه أيضاً على العين وعلىالمنفعة سواء كانت مالية أم أدبية، وعلى المال سواء كان عقاراً أم منقولاً، وعلى مرافق العقار كحق الشرب وحق المسيل وحق المرور وحق المجرى وحق التعلي،وعلى حقوق الجوار)، ثم قال: (ويجمع هذه الإطلاقات ويتناولها جميعاً معنى الحق في تعريفهم للدعوى بأنها «قول مقبول عند القاضي يقصد به الإنسان طلب حق قبل غيره اودفعه عن حق نفسه»، وكذلك معناه في تعريفهم الإقرار بأنه «إخبار الإنسان عن حق عليه لغيره») التصرف الإنفرادي والإرادة المنفردة ص٩.

ووفائه لجميع استعمالاته في اللغة والعلوم ومخاطبات الناس)[1].

وقد ذكر الشيخ عبدالعزيز البخاري[2] في شرحه «كشف الأسرار» على أصول البزدوي[3] إن الحق (هو الموجود من كل وجه، الذي لا ريب في وجوده)[4] وهذا التعريف -كما هو ظاهر- هو عين معناه اللغوي الذي تقدم ذكره.

وقد عني بعض المحدثين بوضع تعريف فقهي للحق:

فقد استنبط الشيخ علي الخفيف تعريفاً للحق من استعمالات الفقهاء المتعددة فقال: (ولا نبعد إذا ما ذهبنا إلى تعريفه في الفقه الإسلامي مذهباً نستمده من استعمالاتهم له فنعرفه بأنه: **ما ثبت بإقرار الشارع وأضفى عليه حمايته**)[5] وفي تعريف آخر خصص عموم كلمة «ما» في التعريف المتقدم بقوله: أن الحق (**ما كان مصلحة لها اختصاص بصاحبها شرعاً**)[6] وهذا التخصيص في محله، فإن الحقوق مصالح، ولم يعن الشارع بحماية غير ما هو مصلحة[7] والدعوى -كما سيأتي في شروطها- لا تصح إلا إذا كانت مفيدة، ولا تكون كذلك إلا إذا كان المدعى به حقاً من الحقوق، فهي المصالح التي شرع القضاء لحمايتها.

وقد قيد الثبوت في التعريف بإقرار الشارع؛ لأن الحق في شرعة الإسلام منحة من اللّه

---

(١) الملكية: ص١، ٢.

(٢) هو عبدالعزيز بن أحمد بن محمّد علاء الدين البخاري، فقيه حنفي من علماء الأصول، من أهل بخارى، له تصانيف منها: «شرح أصول البزدري» و«شرح المنتخب الحسامي» توفي سنة ٧٣٠هـ- الأعلام: جـ٤ص١٣٧.

(٣) هو علي بن محمّد بن الحسين بن عبدالكريم أبو الحسن فخر الإسلام البزدوي (٤٠٠-٤٨٢هـ)، فقيه أصولي، من أكابر الحنفية، له تصانيف منها: «المبسوط» و«كنز الوصول في أصول الفقه» يعرف بأصول البزدوي، و«تفسير القرآن» و«غناء الفقهاء» في الفقه -الفوائد البهية: ص١٢٤، الأعلام: جـ٥ص١٤٨.

(٤) نقل ذلك عنه الشيخ علي الخفيف في كتابه «التصرف الإنفرادي والإرادة المنفردة» ص١٠.

(٥) الملكية: ص٢.

(٦) التصرف الإنفرادي والإرادة المنفردة: ص١١.

(٧) والمصلحة في اللغة هي الخير -انظر المصباح المنير: جـ١ص١٥٧- المطبعة العلمية طبع سنة ١٣١٥هـ.

لعباده، ولا ينبثق إلا عن إرادة الشارع[1]. وسبيل معرفة هذه الإرادة هو الرجوع إلى مصادر الأحكام الشرعية، وهي الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد: فما ورد به نص من كتاب أو سنة، أو أجمع عليه علماء المسلمين، أو اقتضته روح الشريعة كان ثابتاً بإقرار الشارع.

وممن عرفه من المحدثين أيضاً الشيخ مصطفى الزرقا حيث قال: الحق هو (**اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً**)[2]، وذلك كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته، فإنه سلطة لشخص على شخص، وكحق البائع في طلب الثمن من المشتري، فإنه تكليف على الثاني لمصلحة الأول، وكحق الوارث في ملكية أعيان التركة الموروثة، وحق الإنسان في

---

(١) انظر مقالاً للاستاذ أحمد إبراهيم في مدى استعمال الحق وما يتقيد به في الشريعة الإسلامية بمجلة كلية الحقوق -السنة الثالثة- العدد الثالث: ص٣- عمود: ١ والفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - مصطفى الزرقا: جـ٢ص١٤.

(٢) ولعل من الفائدة ان نذكر هنا شرح هذا التعريف كما ذكره واضعه حيث قال: (١-الاختصاص,هو علاقة تشمل الحق الذي موضوعه مالي كاستحقاق الدين في الذمة بأي سبب كان، والذي موضوعه ممارسة سلطة شخصية كممارسة الولي ولايته، والوكيل وكالته، وكلاهما حق لشخص فيجب ان يتناوله التعريف. ٢- هذه العلاقة لكي تكون حقاً يجب أن تختص بشخص معين، أو بفئة، أذ لا معنى للحق إلا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة عن غيره، فالثمن يختص به البائع، وممارسة الولاية والوكالة يختص بها الولي والوكيل... وبذلك تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها، وإنما هي من قبيل الاباحات العامة كالاصطياد والاحتطاب من البراري، والتنقل في اجزاء الوطن، فلا تعتبر حقاً بالمعنى المراد هنا، وإنما هي رخصة. ولكن إذا منح انسان امتيازاً باستثمار شيء من هذه المباحات فانحصرت به يصبح ذلك حقاً له.٣- انما اشترط اقرار الشرع لهذا الاختصاص وما ينشأ عنه من سلطة أو تكليف، لأن نظرة الشرع هي أساس الاعتبار، فما اعتبره الشرع حقاً كان حقاً، وما لا فلا. ٤- وإنما قلنا «سلطة أو تكليفاً»، لأن الحق تارة يتضمن سلطة وتارة تكليفاً، والسطلة نوعان: سلطة على شخص، وسلطة على شيء معين: فالسلطة على شخص كحق الولاية على النفس، وكحق حضانة الصغير وتربيته، والسلطة على شيء معين كحق الملكية. وأما التكليف فهو دائماً عهدة على إنسان، وهو إما عهدة شخصية كقيام الأجير بعمله لعمله، واما عهدة مالية كوفاء الدين. ٥- هذا التعريف يشمل حق الله كفروضه على عباده... ٦- هذا الحق بالمعنى الاصطلاحي لا يشمل الأعيان، لأنها أشياء مادية وليست اختصاصاً فيه سلطة أو تكليف، ويؤيد ذلك أن الفقهاء يذكرون الحقوق في مقابلة الأعيان، والحنفية يذكرونها في مقابلة الأموال ويقولون: أن الحق ليس بمال. وهذا يتفق مع رأي المحققين من علماء القانون - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد جـ٢ (المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي) -مصطفى الزرقا: ص١١-١٤.

منفعة العقار الموصى له بمنفعته، فإنها سلطة لشخص على شيء[1].

أما عند أهل القانون: فقد ذكروا له عدة تعريفات:

فمنهم من عرفه بأنه (**مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون لصاحبها**)[2].

ومنهم من عرفه بأنه (**قدرة أو سلطة خولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معين معلوم**)[3].

ومنهم من عرفه بأنه (**رابطة قانونية تجعل الشخص على سبيل الانفراد والاستئناء ولاية التسلط على شيء أو المطالبة بأداء معين من شخص آخر**)[4].

ولعل أدق ما تقدم من تعريفات للحق هو ما ذكره الشيخ مصطفى الزرقا، فإن تعريف الحق بأنه (**ما ثبت بإقرار الشارع وأضفى عليه حمايته**) لا يبين حقيقة الحق وماهيّته، لما في كلمة «ما» من إبهام، ثم إن القيد الأخير وهو قوله (وأضفى عليه حمايته) غير لازم؛ لأن كل ما قرره الشرع يكون واجب الاحترام والحماية.

ثم إن تعريف الحق بأنه «اختصاص» أدق من تعريفه بأنه «مصلحة» لأن الحق في حقيقته علاقة بين طرفين، والمصلحة في اللغة هي الخير[5]، نعم إن تلك العلاقة التي أقرها الشرع فيها

---

(١) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد جـ٢(المدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي): ص١١.

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي-السنهوري: جـ١ص٥.

(٣) الملكية لعلي الخفيف: ص٣.

(٤) المرجع السابق: ولعل هذا التعريف الأخير لأهل القانون هو أقربها لما ذكره الشيخ مصطفى الزرقا تعريفاً للحق، إلا أن تعريفه فيه ايجاز تمتاز به التعريفات عن غيرها، كما أنه أجمع لافراد الحق من تعريفهم: أما أنه أكثر إيجازاً، فلأن قولهم (رابطة قانونية تجعل لشخص على سبيل الانفراد) يقابله قوله (اختصاص يقرر به الشرع) ، وقولهم (ولاية التسلط على شيء) يقابله قوله (سلطة) والجزء الأخير من تعريفهم يقابله قوله (تكليفاً). وأما إنه أجمع من تعريفهم، فلأن بعض الحقوق تتضمن سلطة على شيء معين كحق الملكية، وبعضها يتضمن سلطة على شخص كحق الولاية على النفس، وكحق حضانة الصغير وتربيته، وهذا النوع الأخير لم يدخل في تعريفهم، فكان تعريفه أجمع من تعريفهم لإفراد المعرف وهو الحق.

(٥) انظر المصباح المنير: جـ١ص١٥٧– المطبعة العلمية– طبع سنة ١٣١٥هـ.

مصلحة لأحد طرفيها، ولكن حقيقة الحق ليست المصلحة، وإنما هو العلاقة التي فيها مصلحة لأحد طرفيها.

وقد يقال ذلك بالنسبة لتعريف الحق بأنه «قدرة أو سلطة»؛ فإن السلطة ليست حقيقة الحق ولكنها بعض مضمون حقيقته، وهي العلاقة المعترف بها شرعاً، فإن تلك العلاقة قد تخول صاحبها سلطة وقد لا تخول، وإنما ترتب تكليفاً على طرف لمصلحة طرف آخر.

هذا وإن التعريف الذي ذكره الشيخ مصطفى الزرقا يدخل فيه جميع أنواع الحقوق سواء تعلقت بعين أم بمنفعه أم بغيرها. ويجدر بالملاحظة أنه لا ينبغي أن يخلط بين الحق ومتعلقه: فالدار مثلاً عين مادية لا يجوز أن تسمى حقاً، ولكن اختصاص مالكها بها هو الحق، ولهذا ذكر جمهور الفقهاء الحقوق في مقابلة الأعيان، والحنفية ذكروها في مقابلة الأموال وقالوا: إن الحق ليس بمال[1]، وهذا يؤيد أن الحق عند الفقهاء ليس شيئاً ماديا ملموساً، وإنما هو اختصاص شرعي.

هذا وإن وضع تعريف جامع لأنواع الحقوق لا يمنع أن بعضها أقوى من بعض، حتى يرجح الأقوى عند التعارض: فإن حق الملك مثلاً أقوى من حق التملك، فقد قال الفقهاء: إن الإيجاب يبطل برجوع الموجب إذا حدث ذلك قبل صدور القبول عن الآخر، فهنا حقان: الأول للموجب وهو حق الملك، والثاني لمن له القبول وهو حق التملك، وقد قالوا: إن حق الملك أقوى من حق التملك، فلا يحصل بينهما تعارض، ويقدم الأول على الثاني، فهذا صاحب الدرر بعد أن قرر بطلان الإيجاب بالرجوع قبل القبول قال: «اعترض بأن الحق غير منحصر في الملك، بل حق التملك أيضاً حق، وفيه إبطاله، ورد بأن الإيجاب إذا لم يفد ملكاً للمشتري لم يكن مزيلاً لملك البائع، فحق التملك للمشتري لا يعارض حقيقة الملك للبائع لكونها أقوى منه»[2].

---

(١) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد-مصطفى الزرقا: جـ٢ص١٤.

(٢) درر الحكام: جـ٢ص١٤٤، وانظر فتح القدير: جـ٥ص٧٨، فقد ورد فيه ما يقرب مما تقدم ذكره عن الدرر، هذا ولحق التملك في الفقه الإسلامي أمثلة كثيرة، منها: حق الوارث في تملك التركة المستغرقة =

ويرى الشيخ مصطفى الزرقا مع أهل القانون أن الحق لا يدخل فيه ما يسمى بالرخصة مما قد يطلق عليه اسم الحق أيضاً في لسان الفقهاء كقولهم: للإنسان حق التعاقد وحق التملك وحق الاستئجار وحق الحياة وحق التنقل وحق الاصطياد وحق الاحتطاب من البراري ونحو ذلك[1]. والحق أن هذه سلطات منحها الشارع للأفراد على وجه العموم، وينبغي أن تدخل في زمرة الحقوق، وليس إطلاق الفقهاء عليها لفظ حق من قبيل التساهل. ويؤيد ذلك أن من منع من التصرف بأحد تلك الأمور كان له أن يرفع دعوى على من منعه يطلب فيها منع التعرض له، وتسمى هذه الدعوى دعوى منع التعرض، وقد أجازها الفقهاء كما سيأتي في أنواع الدعاوى، ونص الشافعية -كما سيأتي هناك- على جواز رفعها لمنع التعرض للإنسان في مختلف حرياته. نعم إن الشارع منحها لجميع الناس على السواء، ولذلك قد يتوهم لأول وهلة أنها ليست من قبيل الاختصاص الذي هو حقيقة الحق، ولكن ينبغي أن يتوسع في مفهوم الاختصاص لتدخل فيه هذه السلطات، فإنه ليس من اللازم أن يتعلق الاختصاص بعين مادية حتى يكون حقاً، بل انه قد يتعلق بمنفعة عين، بل بأية مصلحة وإن كانت ليس لها تعلق بعين من الأعيان كحق النسب فإنه اختصاص تعلق بمصلحة الانتماء إلى شخص من الأشخاص. ولا يشك في أن حرية الإنسان مصلحة وأي مصلحة، وله اختصاص بها، فيجب أن تكون حقاً من حقوقه يمنحه سلطة التصرف في حدود ما هو مباح وبالشروط المقررة.

بالدين عند الحنفية إذ له حق تملكها بوفاء دينها، ومنها: حق الشريك في الدين في تملك يوازي حصته مما يقبضه الآخر وفاء لحصته من الدين أو لبعضها، فإن ما يقبضه عندئذ ملك له خاصة، ولا يعد فيه وكيلاً عن صاحبه إذا لم يوكله في القبض، ولذا يملكه بقبضه، ومع ذلك يكون لشريكه أن يشاركه فيما قبض بنسبة حصته في الدين- التصرف الإنفرادي والإرادة المنفردة- علي الخفيف: ص١٢، ١٣، ومنها أيضاً، حق الشفيع في تملك العقار المبيع، ومنها أيضاً: حق المجاهدين في تملك نصيبهم من الغنيمة بعد حوزها -انظر الفروق: ج٣ص٢١ طبع سنة ١٣٤٦هـ. فهذه كلها نوع من أنواع الحقوق، لأنها في حقيقتها اختصاص شرعي يخول صاحبه سلطة معينة، وإن كان حق الملك نفسه أقوى منها.

وهذا النوع من الحقوق لا يسميه بعض رجال القانون حقاً مع أن تعريفهم للحق يحتويه فإنه إن كان الحق عندهم مصلحة يحميها القانون، فإن ما ذكر في الأمثلة السابقة مصالح قررها الشارع، وإن كان الحق سلطة خولها القانون لشخص من الأشخاص فكذلك هي، فلا داعي لإخراجها من زمرة الحقوق- انظر كتاب التصرف الإنفرادي والإرادة المنفردة للشيخ علي الخفيف: ص١٣، ١٤.

(١) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد: ج٢ص١٢، التصرف الإنفرادي والإرادة المنفردة: ص١١، ١٢.

ولعل سبب التوهم عند من لم يعتبرها حقوقاً هو عدم اهتدائهم لتحديد متعلق الاختصاص في تلك الأمور: فإنهم حسبوا أن حق فلان في الاصطياد مثلا متعلق بجميع ما يصطاد، وليس كذلك، وإنما هو متعلق بحرية فلان نفسه في الاصطياد في حدود المسموح، وكذلك حق زيد في التعاقد: حسبوا أنه متعلق بجميع ما يتعاقد عليه، ولكنه في الواقع متعلق بحرية زيد في إنشاء أي عقد بالشروط الشرعية، وحرية زيد تختلف عن حرية عمرو، وعن حرية أي شخص آخر، وكل إنسان مختص بحرية نفسه. فإذا قلنا أن لفلان حق التملك، فليس يعني هذا أنه مالك لكل ما يملك، وإنما أنه يملك حرية نفسه في إنشاء أي سبب من أسباب الملك. فهذه الحقوق أيضاً كغيرها، وإلا فإن لم تكن كذلك، فلماذا حماها الشارع ومنع من التعرض لها؟ وإنه قد علم من تعريف الدعوى، وسوف يعلم أيضاً من بيان شروطها أنه ليس للإنسان أن يطلب حماية الشرع بالدعوى إلا للحفاظ على حق من الحقوق.

والقول بأن هذه الأمور من الحقوق لا يؤدي إلى تعارض حقوق الناس بعضها مع بعض كما قد يتوهم: فإن حق زيد في التملك لا يتعارض مع حقيقة ملك عمرو لدار معينة لأن حق عمرو في ملك الدار أقوى من حق زيد في التملك، بل إنهما حقان مختلفان: فالأول اختصاص لعمرو بداره، والثاني اختصاص لزيد بحريته. نعم إن ممارسة زيد لحقه مشروط بشروط، أهمها عدم إبطال حقوق الآخرين إلا برضاهم، وما أكثر الحقوق المقيدة بشروط.

هذا وممن تعرض لذكر بعض مراتب الحقوق القرافي في «الفروق»، ويؤخذ مما **ذكره أنه يميز بين أوضاع ثلاثة من الحقوق**[1]:

الأول: وضع من ملك أن يملك، أي من له أن يملك، كمن له أن يتزوج، ومن له أن يملك أربعين شاة مثلاً أو دابة، فهذا لا يعد متزوجاً، ولا مالكاً لشيء من ذلك.

الثاني: وضع من يثبت له سبب المطالبة بتمليك شيء معين، كالشفيع عندما يبيع شريكه حصته، وكالمجاهدين عندما تحاز الغنيمة، فينعقد لهم سبب المطالبة بالقسمة والتمليك،

---

(١) الفروق: جـ٣ص٢٠، ٢١، ٢٢ طبع سنة ١٣٤٦هـ.

وكالفقير وغيره من المسلمين عندما ينعقد له سبب المطالبة بالتمليك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق كالجهاد والقضاء والفتيا وغير ذلك مما شأن الإنسان أن يُعطى لأجله. ففي اعتبار هؤلاء مالكين خلاف وأقوال.

الثالث: وضع من تملك بسبب من أسباب الملك، كمن اشترى أرضاً ونحوه، فهذا لا خلاف في اعتباره مالكاً.

فما ذكره القرافي فيه تمييز بين أنواع من الحقوق، وكلامه لا يدل كما قد يتوهم على نفي صفة الحق عن أي من الوضعين السابقين، فكل منهما حق، ولكن كل واحد منهما يختلف عن حق الملك، وإنما مراده أن يقرر بأن ثبوت أحدهما لا يقتضي ثبوت الملك، خصوصاً الوضع الأول، فقد شنّع على من قال بأنه يؤدي إلى ثبوت الملك، وإنما حصر الخلاف في علاقة الوضع الثاني بحق الملك.

ذاك هو مفهوم الحق في الفقه الإسلامي، وعند أهل القانون، والواقع أنه لا اختلاف بينهما في تحديد طبيعة الحق، فهو اختصاص في كليهما، نعم ليس جميع علماء القانون اهتدوا إلى معرفة هذه الطبيعة وإظهارها في تعريفه، ولكن بعضهم أشار إليها، وكان مصيباً.

ولكن السبب الأول والأخير في اختلافهما فيما يعتبر حقاً وما لا يعتبر يعود إلى اختلافهما في المصدر الذي تشتق منه الحقوق.

فهو في الفقه الإسلامي رب العباد، يجعل ما يشاء من المصالح حقوقاً، ويأمر عباده بحمايتها، واحترامها، ويجرد ما يشاء من الحماية، فلا تعتبر حقوقاً، ومع أنه سبحانه له الأمر كله، غلا أنه وعد- ﴿وَمَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ مِنَ اللَّهِ﴾ [التوبة:١١١]- بتحقيق الخير والسعادة واليسر للناس، ودفع الحرج والمفاسد عنهم، ولذلك فإن كل ما اعتبره حقاً هو المصلحة والخير، وما لم يعتبره كذلك، فمفسدته أكبر من نفعه، ومن أعلم منه سبحانه بمواضع المفسدة والمصلحة: ﴿أَلاَ يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [الملك:١٤].

وأما في الشرائع الوضعية، فمصدر الحق هو المجتمع كما يقولون، أي الناس يختارون من

يمثلهم، وأوكلوا إليهم تمييز المصلحة من المفسدة، ليجعلوا اختصاص الأفراد بالمصلحة حقاً، ويسخروا لها الحماية بوسائل القوة البشرية.

وبناء على ذلك نجد أن أمورا تعتبر في الشرع الإسلامي حقوقاً، ولا تعتبر في الشرائع الوضعية كذلك: كحق الفقير في الزكاة قبل قبضها، كما نجد أموراً تعتبر حقوقاً في الشرائع الوضعية، وليست كذلك في الشرع الإسلامي، وهي كل اختصاص للإنسان يتعلق بما حرمه الله في كتابه أو سنة رسوله، ولم تحرمه الشرائع الوضعية: فإن اختصاص الإنسان بالفائدة الربوية والخنزير والمسلم بالخمر مثلاً، كل ذلك لا يعتبر حقاً في الفقه الإسلامي، بينما تعتبره الشرائع الوضعية حقاً لصاحبه وتحميه له.

وتقول في هذا المقام كلمة لا على سبيل المقارنة بين شرع الله وشرع الإنسان، فإن الأمر واضح وبدهي، وإنما على سبيل الذكرى لمن كان له قلب أو صدر لم يرن عليه ما كسبه من السيئات والآثام.

فإن وظيفة التشريع أخطر وظيفة، لما يترتب عليها من عدل يؤدي على عمران النفوس والأمم وسعادتها، أو ظلم يقود إلى تعاستها وهلاكها، والإصابة فيها لا تتأتى للبشر؛ لأنها مقتضى صفات وخصائص يستأثر بها رب الناس جميعاً بتمام وكمال، ولا توجد في العباد إلا ناقصة، كالعلم والعدل والحكمة: فإن الله سبحانه هو (العالم بجميع الموجودات، ومحيط بكل المخلوقات، لا يعزب عن عمله مثقال ذرة في الأرض ولا في السماء، صادق في قوله: ﴿ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البقرة:٢٩]، ومرشد إلى صدقه بقوله تعالى: ﴿أَلاَ يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [1]، والله سبحانه علمه شامل قديم، لا يحدث بحدوث المخلوقات، ولكن كل ما يقع مكشوف له بالعلم الأزلي.

والتشريع وظيفة العالم المطلق؛ لأنه إقرار للمصلحة ودفع للمفسدة، فوجب أن يكون من اختصاص رب العباد، فهو العليم بما ينفع وما يضر؛ لأنه خالق كل شيء، لا من اختصاص

---

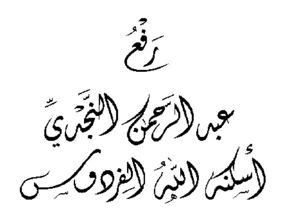
(١) احياء علوم الدين: جـ١ص١٨٨.

العبد؛ لأنه ناقص في علمه، جاهل بما ينفعه وما يضره على وجه الكمال، قاصر عن إدراك المصالح والمفاسد في كثير من الأمور، هكذا خلقه اللّه، فلا يوكل إليه ما لا يقدر عليه.

ثم إنه سبحانه هو العادل؛ لأنه منزه عن كل عاطفة تقتضي التحيز، بخلاف العبد الذي خلقه اللّه، وجعل فيه من العواطف ما لا يصح معها اناطة هذه الوظيفة بإرادته.

واللّه عز وجل أحكم الحاكمين يأمر بما يسعد الناس، وينهى عما يتعسهم.

لذلك كله كان جعل التشريع من وظيفة العباد تعدياً على حق اللّه، وتناقضاً مع الإيمان به، وجهلاً لا يستقيم معه أمر الناس، ولا يذوقون معه طعماً للسعادة.



المبحث الخامس
في
علاقة الدعوى بالحق

اعتاد أهل القانون أن يبحثوا في مقام تعريف الدعوى علاقتها بالحق الذي تحميه.

ولا نجد مثل هذا عند فقهاء المسلمين؛ لوضوح مفهوم الدعوى عندهم: فهي تصرف أباحه الشارع لكل فرد من أجل تحصيل حقه أو حمايته، بخلاف أهل القانون، فإنهم اختلفوا في تحديد مفهوم الدعوى، وبناء على ذلك اختلفوا في تحديد العلاقة بينها وبين الحق الذي تحميه، وقد اشتد النزاع بينهم في تحديد هذه العلاقة، حتى انقسموا على أنفسهم إلى فئات كثيرة، مع أن بعضهم[1] رأى أن هذا الخلاف غير مثمر، وأشار إلى إمكان إطلاق الدعوى لتدل على جميع المفاهيم التي ترد في كتب جميع الشراح، وهذا نظر صحيح في تحليل الواقع، غير أنه ينبغي وضع المفاهيم في مكانها الصحيح، ووضعها في قوالب لفظية مناسبة لمضموناتها، ثم إن التفكير المنطقي يقتضي ترتب نتائج عملية على هذا الخلاف لو التزم كل جماعة بآرائهم في جميع المجالات، فإن اختلاف المفاهيم ينبغي أن يؤدي إلى اختلاف في الشروط والأسباب والنتائج، واختلاف هذه لا شك في تأثيره على مسرح التطبيق العلمي.

ويبدو أن سبب ذلك النزاع يعود إلى الخلط بين مفاهيم متعددة متصلة ببعضها: إما برباط الشرطية أو السببية أو بصلات أخرى، **ولكن واحدة منها لا تستوجب عقد وحدة**

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية-محمد حامد فهمي: ص٣٥٦.

بين أي من هذه المفاهيم والمفهوم الآخر:

١- فهناك المصلحة الفردية التي يعتبرها كثير من رجال القانون كنه الحق ومادته الأساسية، حتى عرفوه بها.

٢- وهناك شروط صيرورة هذه المصلحة حقاً، وهو شرط الحماية القانونية التي بفقدانها تظل تلك المصلحة مهددة.

٣- وهناك حق التقاضي: وهو حق عام شرع لإعطاء الحماية المعلنة للمصلحة الفردية فائدة علمية.

٤- وهناك -أخيراً- المطالبة القضائية التي أقرها القانون لجميع الأفراد تطبيقاً مباشراً للحق العام المعطى لهم في التقاضي.

ولتوضيح ما سبق نبين فيما يلي الآراء المختلفة في تحدي علاقة الدعوى بالحق الذي شرعت لحمايته:

الرأي الأول:

وهو ما ذهب إليه أصحاب النظرية التقليدية في اعتبار الدعوى والحق الذي تحميه شيئاً واحداً، ولكنها لا تطلق عليه في جميع الحالات، وإنما في حالة واحدة هي حالة حركته عندما يتعرض لاعتداء أو إنكار: فحقي في ملكية هذه العين-مثلاً- إذا اعتدي عليه جاز تسميته دعوى ملكية[1].

ويرى هؤلاء أن الدعوى والحق يتحدان ركناً وموضوعاً وسبباً وشروطاً[2]، وأنهما يولدان سوياً وبنفس الصفات: فالدعوى التينية تنشأ بنشوء الحق العيني، وتأخذ صفته العينية،

(١) المرافعات المدنية والتجارية- أبو هيف: ص٢٣٤.
(٢) المرجع السابق: ص٢٣٧، ٢٣٨.

وتخضع في وجودها لشروط الحق نفسه، **وموضوعها هو نفس موضوع الحق ويؤخذ على هذا الرأي ما يلي:**

١- يعرف أصحابه الدعوى بأنها (حق الالتجاء إلى السلطة القضائية للاستعانة بها على تقرير الحق)[١]. فهل يقولون إذن: أن الحق الذي تنشد حمايته بحق اللجوء إلى القضاء هو نفسه هذا الأخير؟. وهل الوسيلة والغاية عندهم شيء واحد؟.

٢- ثم إن أصحاب هذا الرأي تراهم إذا بحثوا في شروط الدعوى تخلوا عن المفهوم الذي تبنوه للدعوى كمشروط له: فهم يشترطون الأهلية والصفة في المدعي لقبول الدعوى[٢]، مع أنهم لو التزموا بنظريتهم في طبيعة الدعوى وعلاقتها بالحق الموضوعي لما اشترطوا هذه الشروط لقبولها؛ إذ ينبغي قبولها بمجرد وجود الحق، لأنها عندهم تنشأ بنشوئه، فعدم توفر الأهلية لا يعدم الدعوى حسب مفهومهم المتقدم، بل عدم وجود الصفة لا يؤثر فيها أيضاً، بل لو قيل: عدم وجود المطالبة القضائية لا يؤثر في وجود الدعوى لما كان هذا القول متناقضاً؛ لأن الدعوى مرتبطة من حيث قيامها بوجود الحق الموضوعي لا تتخلف عنه، فكيف جاز لهم إذن ما ذهبوا إليه من الشروط؟.

الرأي الثاني:

وهناك رأي آخر يذهب إلى اعتبار الدعوى عنصراً من عناصر تكوين الحق وجزءاً من ماهيته، إذ الحق يتكون من عنصرين -كما يظهر من تعريفهم له- وهما: المصلحة المادية أو الأدبية والحماية القانونية، وهذه الأخيرة ليست إلا ما يسمى بالدعوى، فهي عندهم موجودة مع الحق وملازمة له[٣]، ولا يصح عندئذ القول: أن وجود الدعوى مرهون بقيام نزاع حول

---

(١) المرجع السابق: ص١٦، ٢٣٣، ٢٣٤.

(٢) المرافعات المدنية والتجارية -عبدالحميد أبو هيف: ص٢٣٣-٢٣٥.

(٣) الوجيز في المرافعات المدنية -عبدالمنعم الشرقاوي: ص٢٥، المرافعات المدنية والتجارية- أحمد أبو الوفا- الطبعة الثالثة: ص٩٤.

الحق وبالتالي قيام مطالبة قضائية، وإنما تعتبر المطالبة عندهم وسيلة من وسائل استعمال هذه الحماية، ولكل إنسان الحرية الكاملة في استعمال حقه أو عدم استعماله، وهم يقررون أيضاً أن الدعوى تختلف عن الحق اختلاف الجزء عن الكل، ولكنها مرتبطة به ارتباط الجزء بالكل[1].

ويؤخذ على هذا الرأي ما يلي:

١- فهم يقررون في معرض تعريفهم للدعوى أنها وسيلة من وسائل حماية الحق، وأن الهدف منها تقرير الحق أو حمايته[2]، فكيف يوفقون بين هذا وما ذهبوا إليه من اعتبار الدعوى جزءاً من ماهية الحق، وكيف يكون جزء الحق وسيلة لحمايته؟.

ولعل خشية الوقوع في مثل هذا التناقض هو الذي حدا ببعض أصحاب هذا الرأي إلى تعريف الدعوى بأنها (**سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون**)[3]. ولكن هذا الاتجاه في تعريف الدعوى يجعله غير مانع، وذلك أن هنالك وسائل أخرى يختص بها القضاء، وتؤدي إلى احترام القانون، ولا أحد يعتبرها من الدعاوى، وهي كل ما يصدر عن القضاء من أوامر وغيرها بناء على سلطته الولائية، فهي إحدى وظائف القضاء، وتؤدي في النهاية إلى احترام القانون أيضاً.

ثم إن هذا التعريف المذكور يختلط بمفهوم حق اللجوء إلى القضاء؛ فهو حق عام لجميع أفراد المجتمع، والقصد من شرعه الوصول إلى احترام القانون، ولا يشترط لممارسته جميع ما يشترط في الدعوى. وفي الواقع فإننا نجد بعض أهل هذا الرأي يعترفون بوجود هذا الاختلاط بين مفهوم الدعوى، ومفهوم حق التقاضي، ويقولون: إن حق الدعوى لا يتميز عن حق اللجوء إلى القضاء إلا إذا باشرها من ليس صاحبها، كالولي والوصي وغيرهما ممن ينوبون

---

(١) انظر بهذا المعنى: المرافعات المدنية -ابو الوفا- الطبعة الثالثة: ص٩٤، ٩٥.

(٢) الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية -عبدالمنعم الشرقاوي: ص٢٢.

(٣) نظرية الدفوع -ابو الوفا- الطبعة الرابعة: ص٧٨٩.

عن غيرهم[1]. ولكن قليلاً من شراح القانون من ذهب إلى اتحاد الحقين[2]، ومعظمهم يفرقون بينهما. والواقع أن أصحاب هذا الرأي منسجمون مع رأيهم في تعريف الدعوى وتحديد طبيعتها، ولو ذهبوا إلى غير ذلك لوقعوا في التناقض حتماً، وكان الأجدر بكل من عرف الدعوى بمثل هذا التعريف أن يعترف بما أقره هؤلاء من اختلاط الدعوى بحق التقاضي، ولكن يبقى وارداً عليهم أن حق التقاضي شيء، والدعوى شيء آخر، فإذا أجيب بأنه اصطلاح أطلق على حق التقاضي ولا مشاحة في الاصطلاحات يجاب بأن لفظ الدعوى لا يتسع لهذا المعنى لغوياً، ويجدر بالاصطلاحات أن تحقق شيئاً من الانسجام مع المعاني اللغوية، فإذا ابتعدت عنها كثيرا كان فيها تكلف شديد.

٢- ثم إنهم إذا كانوا يعتبرون الدعوى عنصرا من عناصر الحق، فهلا اعتبروا ذلك في الحق الطبيعي[3]، فكيف يوجد هذا الحق مع فقدانه لجزء من أجزائه، وهو الحماية القانونية؟ وأما قول بعضهم[4]: أن الحق الطبيعي لا ينقصه هذا العنصر، بل يبقى لصاحبه حق اللجوء إلى القضاء، وإن ما يملكه المدعى عليه تجاه المدعي إنما هو حقه في دفع الدعوى بالتقادم، فهذا ليس كافياً في الجواب على ذلك الاعتراض، إذ ما هو قولهم بهذا الحق بعد عرضه على القضاء، ودفعه بالتقادم، فهل لصاحبه إرباك القضاء مرة أخرى؟ أم أنه محروم بعد ذلك من التوجه إلى القضاء للمطالبة به؟ أنه ينقضي بهذا الدفع فلا يعود له أي وجود؟ وحتى قبل الدفع فما هي قيمة هذا العنصر الذي يسمونه الدعوى إذا كان لا يؤدي وظيفته، وعدمه ووجوده سواء؟.

٣- والغريب أن بعض أصحاب هذا الرأي يعتبرون النزاع حول الحق سبباً لوجود الدعوى[5]. فهل يظل الحق فاقداً لأحد عناصره قبل حدوث نزاع حوله، فلا يكتمل وجوده

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية -ابو الوفا- الطبعة الثالثة: ص٩٩، نظرية الدفوع -ابو الوفا: ص٧٩١.
(٢) نظرية البطلان: فتحي والي: ص١١.
(٣) وهو المصلحة التي كان القانون يحميها ثم تخلى عن حمايتها بسبب التقادم.
(٤) الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية - عبدالمنعم الشرقاوي: ص٢٥.
(٥) المرافعات المدنية والتجارية -ابو الوفا- الطبعة الثالثة: ص٩٣.

إلا بذلك؟ وهل يرون أن جميع الحقوق التي لم يحصل بصددها نزاع ناقصة، لأن أحد عناصرها لم يتكون بحصول نزاع حولها؟.

الرأي الثالث:

وهو رأي المحدثين، من رجال القانون، وهؤلاء يكادون يجمعون على أن الدعوى ليست هي الحق الموضوعي الذي تحميه، ولا عنصراً من عناصره، ولا تتحد معه في الموضوع ولا السبب ولا الشروط، وإنما هي حق مستقل قائم بذاته يفترض وجود الحق الموضوعي ولكنه لا يستلزمه دائماً[1]، فالدعوى قد توجد دون وجود الحق كدعاوى الحيازة، حيث هي مقررة لشخص ليس له أي حق موضوعي[2].

فالحق عند هؤلاء ليس سبباً في وجود الدعوى، ولا تدور معه الدعوى وجودا وعدما كما ذهب إليه أصحاب الرأيين السابقين، وليس سببها الواقعة القانونية أو العمل القانوني الذي ينشئ الحق نفسه، وإنما سببها النزاع الذي ينشب بين المدعي والمدعى عليه حول وجود الحق وهو لا ينشأ إلا من واقعة إنكار الحق أو الاعتداء عليه[3]. ويقولون أيضاً: أن الدعوى تتميز عن الحق من حيث موضوعها: فموضوع الدعوى متغير، ويختلف باختلاف الحالات: فقد يكون إلزام المدعى عليه بالقيام بأمر معين، أو الامتناع عن عمل ما، وقد يكون الاعتراف بحالة واقعة (كدعوى تقرير الحق مثلاً)، كما قد يكون موضوع الدعوى إجراء وقتياً أو تحفظياً[4]. ويقول بعض آخر من أصحاب هذا الرأي: أن مضمون الدعوى هو الحصول على حكم، وليست تلك الأمور[5].

---

(١) نظرية البطلان: ص١٣، الوجيز في أصول المحاكمات -رزق الله أنطاكي: ص١٣٠ وما بعدها، الوسيط- رمزي سيف: ص٩٣ وما بعدها، أثر مضي المدة في الإلتزام: ص٢٤٢.

(٢) نظرية البطلان: ص١٣.

(٣) أثر مضي المدة في الإلتزام ص: ٢٤٣، الوجيز في أصول المحاكمات- رزق الله انطاكي ص:١٣٠.

(٤) أثر مضي المدة في الالتزام ص: ٢٤٤.

(٥) نظرية البطلان: ص١٤، الوجيز في أصول المحاكمات- رزق الله أنطاكي: ص١٣١.

وكذلك تتميز الدعوى عن الحق -كما يقولون- من حيث آثارها، فهي بواسطة الحكم تمكن الدائن من الحصول على الأمر الذي يجعل له الحق في اقتضاء دينه من المدين[1].

ويدللون أيضاً على تميز الدعوى عن الحق بما يلي:

١- ظهور هذا الانفصال بينهما واضحاً في تلك الحالات التي لا نجد فيها لحق من الحقوق دعوى تحميه كحالة الالتزامات التي يجوز تنفيذها باختيار المدين، ولكن لا يستطيع الدائن مطالبة المدين بتنفيذها وإجباره على ذلك[2].

٢- خضوع شروط الدعوى وآثارها لحكم القانون القائم وقت استعمالها، أما شروط الحق وآثاره فتحدد وفقاً للقانون القائم وقت نشوئه[3].

٣- قيام بعض الدعاوى دون ما استنادها إلى حق، كالدعوى التي ترفعها نقابة من النقابات للدفاع عن مهنة من المهن، فإنها لا تستند إلى حق للنقابة؛ إذ لم يحصل اعتداء على مصلحة لها[4].

الرأي المختار:

يمكن تلخيص الآراء السابقة فيما يلي:

١- فهناك جماعة من شراح القانون ظنوا أن المعنى الذي يستحق إطلاق لفظ الدعوى عليه هو مكنة الإنسان في اللجوء إلى القضاء لحماية حق، ولذلك ذهبوا إلى اعتبار الدعوى حقاً من الحقوق.

٢- وهناك جماعة أخرى منهم رأت أن الأولى إطلاق هذا اللفظ للدلالة على الحماية

---

(١) أثر مضي المدة في الالتزام: ص٣٤٥.
(٢) أثر مضي المدة في الالتزام: ص٣٤٥، الوسيط- رمزي سيف: ٩٤.
(٣) الوسيط- رمزي سيف: ص٩٤، الوجيز في أصول المحاكمات -رزق الله أنطاكي: ص١٣١.
(٤) الوسيط - رمزي سيف: ص٩٥.

القانونية التي يحيطها المشرع بكل مصلحة يريد جعلها حقاً فقالوا (إن الدعوى جزء من الحق وليست حقاً كاملاً).

٣- إن فقهاء المسلمين ونفراً قليلاً من شراح القانون يرون أن الإجراء أو التصرف الذي يتضمن طلب حق أمام القضاء هو الجدير بالاستئثار بلفظ الدعوى.

ويبدو أن الحق مع أصحاب هذا الرأي الأخير لما يلي:

أ- أن مكنة الإنسان في الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه هي في واقع الأمر حق التقاضي، وهو حق عام لجميع أفراد المجتمع يثبت لكل من يعترف له الشارع بأهلية الوجوب، وهو كل إنسان حي.

فإن قيل: نعم: إننا نقصد بالدعوى هذا الحق، كما ذهب إلى ذلك بعض الشراح أجيب بأن الدعوى لفظ موضوع في اللغة للدلالة على الطلب أو الزعم، ولا يدل في أي من استعمالاته على المكنة أو الإمكان أو ما يقرب من ذلك، فإن قيل: هو اصطلاح اتخذناه ليدل على هذا المعنى، أجيب بأن الاصطلاح السليم هو الذي لا يقطع كل علاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الجديد، وإلا اتسم هذا الاصطلاح بالتكلّف الشديد.

ب- إن الحماية القانونية التي رأى بعض شرّاح القانون أحقيتها بأن يطلق عليها (دعوى) ليست في حقيقتها إلا شرطاً من شروط صيرورة المصلحة حقاً؛ فإن المصالح كثيرة، بل غير محصورة، ومنها المادي، ومنها الأدبي، ولا يعتبر أي من هذه المصالح حقاً إلا إذا أضفى عليها المشرع حمايته، وبهذا يتبين أن الحماية القانونية ليست عنصراً من عناصر الحق، وإنما هي شرط وجوده، والأصح أن يقال: أن المصلحة لا تعتبر حقاً إلا إذا أمكن المطالبة بها أمام القضاء، أي أمكن الادعاء بها: فتلك المصلحة هي جوهر الحق وركنه الأساسي، وتلك المكنة هي شرط تحققه، والمطالبة نفسها هي الدعوى.

الفصل الثالث

مسألة الظفر

((المواضع التي يجوز فيها استيفاء الحق بغير دعوى))

إن السبيل الطبيعي لاستيفاء الحقوق هو الوفاء الاختياري، يقوم به من عليه الحق برضاه واختياره، غير أنه ليس جميع الناس من يفعل ذلك، فقد يتعنت من عليه الحق في الوفاء به بنفسه، فإن كان ذلك **فإن امام صاحب الحق أحد طريقين للحصول على حقه:**

الأول: الطريق القضائي برفع الدعوى والحصول على حكم وتنفيذه.

الثاني: أخذ حقه بنفسه من غير دعوى ولا قضاء.

فأما الوفاء الاختياري، فإنه لا يدخل في موضوع هذه الرسالة، فلن نتعرض له.

وأما الطريق القضائي، فإنه موضوع بحث هذه الرسالة.

وأما طريق الأخذ بغير قضاء، فهو موضوع بحث هذا الفصل، جعلناه في التمهيد لأنه قسيم الطريق القضائي، من حيث أن في كليهما إجباراً لمن عليه الحق على وفائه، فهما نوعان للوفاء الإجباري، ولما كان الفقهاء قدْ اتفقوا على حالات لا بد فيها من الرفع إلى القضاء،

وأخرى لا ضرورة فيها للجوء إلى القضاء، **واختلفوا في حالات أخرى، فقد حصرنا الكلام في هذا الفصل في ثلاثة مباحث:**

المبحث الأول: فيما لا بد فيه من الرفع إلى القضاء باتفاق الفقهاء.

المبحث الثاني: فيما لا يحتاج إلى الدعوى باتفاق الفقهاء.

المبحث الثالث: فيما اختلف في جواز تحصيله من الحقوق بغير قضاء.

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

المبحث الأول
في
ما لابد فيه من الرفع إلى القضاء باتفاق الفقهاء

أولا: تحصيل العقوبات:

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب الرفع إلى القاضي إذا كان المطلوب تحصيل عقوبة: كقصاص وحد قذف أو حد سرقة وتعزير(١). **وإنما اتفقوا على ذلك لما يلي:**

١- لأن هذه الأمور عظيمة الخطر، حيث أنها توقع على النفس، والفائت فيها لا يعوض، والخطأ فيها لا يستدرك، فوجب الاحتياط في إثباتها واستيفائها(٢) وذلك لا يتحقق إلا بالرفع إلى الحاكم، لينظر فيها وفي أسبابها وشروطها، وان الاحتياط في هذا لا يقدر عليه صاحب الحق الذي ينقاد في الغالب لعاطفته، ثم إنه ليس لديه من الوسائل اللازمة للتحري ما يقدر عليه القاضي، بما وضع تحت يديه مما يمكنه من كشف الحقائق، وتقصي الواقع.

ووجوب الاحتياط في العقوبات متفق عليه عند علماء المسلمين، وقد صح عن عبدالله

(١) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٢، قرة عيون الأخيار: جـ ١ ص ٣٧٩، منح الجليل: جـ٤ص٣٢١، القول المرتضى: ق٨أ، المنهاج وشرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٤، قواعد الأحكام - العز بن عبدالسلام: جـ٢ص١٩٧، ١٩٨، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني وحاشية العبادي: جـ١٠ص٢٨٦، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠، الأحكام السلطانية -ابو يعلى: ص٢٧٩، جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٣.

(٢) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٦، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦١ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٤.

بن مسعود رضي اللّه تعالى عنه أنه قال: (ادرأوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم)[1].

٢- ولأنه لو جعل للناس استيفاء ما لهم من عقوبات لكان في ذلك ذريعة لتعدي بعض الناس على بعض، ثم ادعائهم بعد ذلك أنهم يستوفون حقوقهم، فيكون هذا سبباً لتحريك الفتنة بين الناس[2]، وربما أدى ذلك إلى إثارة العصبية في الناس، وحب الانتقام، فيقع الظلم والفساد، وهو ما حرمه الشارع وحذر منه، خصوصاً وأن الظلم طبع في النفس، فيجب سد هذه الذريعة التي ربما توصل إلى فعل المحرم.

٣- ولأن كثيراً من العقوبات لا تنضبط إلا بحضرة الإمام: إنْ في شدة وقعها وإيلامها كالجلد، أو في قدرها كما في التعزير[3].

٤- ولأن استيفاء العقوبات ينبغي أن يكون على وجه تحقيق الزجر، وهذا لا يتحقق إلا بواسطة الحاكم والقيام به من قبله[4].

هذا ولم يستثن من هذه القاعدة سوى بعض الجزئيات:

أ- وذلك كمن وجب له تعزير أو حد قذف، وكان في بادية بعيدة عن السلطان، فذهب البعض إلى أن له استيفاءه، وقد عللوا جواز ذلك بالضرورة، فإن الحق يحتمل ضياعه

---

(١) رواه الترمذي والحاكم والبيهقي عن عائشة بلفظ (ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة) وفي اسناده يزيد بن زياد الدمشقي، وهو ضعيف، قال فيه البخاري: منكر الحديث، وقال النسائي: متروك. ورواه وكيع موقوفاً، قال الترمذي: وهو أصح. وقد روي عن غير واحد من الصحابة أنهم قالوا ذلك، وقال البيهقي في السنن: رواية وكيع أقرب إلى الصواب، قال: وأصح ما فيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبدالله بن مسعود قال: (ادرأوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم) - انظر التلخيص الحبير: جـ٤ص٥٦، وقد رواه الدارقطني عن عائشة أيضاً مرفوعاً بسند فيه يزيد المذكور - سنن الدارقطني: جـ٣ص٨٤، وانظر أيضاً جامع مسانيد أبي حنيفة: جـ٢ص١٨٣.

(٢) منح الجليل: جـ٤ص٣٢١، قواعد الأحكام: جـ٢ص١٩٨.

(٣) قواعد الأحكام: جـ٢ص١٩٨.

(٤) جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٤.

إذا لم يستوفه صاحبه في مثل هذه الحالة[1]. وإلى هذا ذهب العز بن عبدالسلام فقال في قواعد الأحكام: (لو انفرد -أي بالقود- بحيث لا يرى، فينبغي أن لا يمنع منه، ولا سيما إذا عجز عن إثباته)[2].

ب- وكذلك قال بعض الفقهاء: يجوز للمشتوم أن يرد على الشاتم بمثل قوله، والأفضل له أن لا يفعل[3]، ولكن ليس له أن يرد عليه بما هو معصية؛ لأن المعصية لا تقابل بالمعصية، وقد قال القرطبي[4] في تفسير قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٤]، قال: (الاعتداء هو التجاوز، قال تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [الطلاق:١] أي يتجاوز، ومن ظلمك فخذ حقك منه بقدر مظلمتك، ومن شتمك فرد عليه مثل قوله، ومن أخذ عرضك فخذ عرضه، ولا تتعد إلى أبويه، ولا إلى ابنه أو قريبه، وليس لك أن تكذب عليه وإن كذب عليك؛ فإن المعصية لا تقابل بالمعصية)[5].

غير أنه لا يجوز لمن ضرب بغير حق أن يضرب من ضربه، ولو فعل يعزر الإثنان ويبدأ بإقامة التعزير بالبادئ؛ لأنه أظلم، والوجوب عليه أسبق[6].

جـ- كذلك قالوا: للزوج أن يستوفي التعزير الواجب له على زوجته بنفسه من غير إذن القاضي: فله أن يضربها على عدم إجابته إذا دعاها لفراشه من غير مانع أو مبرر، وعلى ترك الزينة وهو يريدها، وعلى ضربها ولده، وعلى خروجها بغير إذنه بغير حق وعلى صعودها

---

(١) حاشية الشرواني وحاشية العبادي على تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٦.
(٢) قواعد الأحكام: جـ٢ص١٩٨.
(٣) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٢، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٩.
(٤) هو محمّد بن أحمد أبي بكر الأنصاري الأندلسي القرطبي المفسر، من أئمة المالكية، جمع في تفسير القرآن كتاباً كبيراً أسماه كتاب «جامع أحكام القرآن» توفي سنة ٦٧١ -الديباج المذهب: ص٣١٧، ٣١٨.
(٥) تفسير القرطبي: ص٧٣٤ طبعة الشعب، وانظر كلاماً قريباً من هذا في مختصر الفتاوى المصرية: ص٦٠٩.
(٦) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٢، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٩.

على السطح لتطلع على الجيران أو يراها الأجانب، فله حينئذ أن يقفل عليها الباب[1]. ومن أجاز ذلك علله بأن الشارع مكن الزوج من استيفاء حقه بنفسه[2].

والظاهر أن ما استثني من تلك القواعد العامة إنما خرج عنها: إما للضرورة كما هو الحال في الاستثناء الأول، وإما لعدم خطورته، أو لانضباطه بغير حاكم كما في الحالات الأخرى.

ثانيا: تحصيل الحقوق الشرعية المحضة:

ومثل العقوبات الحقوق الشرعية المحضة، وهي ما عدا الأعيان والديون والمنافع من الحقوق، كتلك المتعلقة بالنكاح واللعان والإيلاء والرجعة والطلاق بالإعسار والإضرار ونحو ذلك[3].

وعللوا عدم جواز استيفاء هذه الحقوق من غير رفع إلى القاضي بأنها أمور خطيرة كالعقوبات، فيجب الاحتياط في إثباتها واستيفائها[4]، وبأنها أمور تحتاج إلى الاجتهاد والتحرير في تحقيق أسبابها ومقادير هذه الأسباب، وهي أمور يختص بها الحاكم[5].

ثالثاً: حالة خوف الفتنة أو المفسدة:

واتفق الفقهاء أيضاً على أنه لا يجوز استيفاء الحق من غير قضاء مهما كان: عيناً أو ديناً أو منفعة وغيرها إذا ترتب على ذلك فتنة أو مفسدة تزيد على مفسدة ضياع الحق، كفساد

---

(١) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٢، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٩.

(٢) انظر المرجعين السابقين.

(٣) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٣، ١٢٤، شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٤، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠.

(٤) شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٤.

(٥) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٣، ١٢٤ مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦١ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

عضو أو عرض أو نحوه[1].

وأما مفهوم المفسدة التي يجب الاحتياط لدفعها برفع الأمر إلى الحاكم: فقد ذكر بعض فقهاء الشافعية أنها الضرر الذي يترتب على تحصيل الإنسان حقه بنفسه، ولم يفصل في حدود هذا الضرر المتوقع[2]، وذهب آخرون منهم إلى أنه لا يجوز الأخذ إذا ترتب عليه إرعاب المسلم وترويعه، فلا يجوز لمستحق العين أخذها إذا كانت مودعة عند آخر، لما في ذلك من ترويع المودع عنده بظن ضياع الوديعة[3]، واستدلوا[4] على ذلك بما ورد أن زيد بن ثابت نام في حفر الخندق، فأخذ بعض أصحابه سلاحه، فنهى رسول الله ﷺ عن ترويع المسلم من يومئذ[5].

وقد حدد كثير من علماء الشيعة الإمامية مفهوم الفتنة الواجب الاحتياط لدفعها بأنها كل فتنة يُخشى فيها تلف الأموال والنفوس، بحيث يعلم عدم رضاء الشارع بمثله[6]. وفي

---

(١) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٣، منح الجليل: جـ٤ص٣٢١، القول المرتضى: ق٧ب، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي -الغزالي: جـ٢ص٢٦٠، المنهاج وشرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٥، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٨، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠. كشاف القناع: جـ٤ ص٢١١، شرائع الإسلام: جـ٢ص٢٢٣، جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٤، كتاب القضاء -ضياء الدين العراقي ص١١١.

(٢) انظر حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠.

(٣) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٨، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٢ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٤) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٨.

(٥) ذكر هذه القصة الحافظ بن حجر في «الدراية» فقال: (وفي الباب عن ابن عمر قال: غلبت زيد بن ثابت عيناه ليلة الخندق، فجاء عمارة بن حزم، فأخذ سلاحه فقال له رسول الله ﷺ: يا بار قد نمت حتى ذهب سلاحك؟ ثم قال ﷺ: من له علم بسلاح هذا الغلام؟ فقال عمارة: أنا أخذته قال: فرده، ثم نهى ﷺ أن يروع المؤمن وأن يأخذ متاعه لاعباً أو جاداً) ثم قال ابن حجر: أخرجه الحاكم، وفي اسناده الواقدي -انظر بغية الألمعي: جـ٤ص١٦٧، هذا وقد ورد عن يزيد بن السائب قال: قال رسول الله ﷺ: (لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه) أخرجه الترمذي وقال: حسن غريب، ورواه أحمد وابن أبي شيبة، واسحق ابن راهويه وأبو داود الطيالسي في مسانيدهم والبخاري في كتابه «المفرد في الأدب» والحاكم في المستدرك وسكت عنه - انظر نصب الراية: جـ٤ص١٦٧، ١٦٨.

(٦) كتاب القضاء - ضياء الدين العراقي: ص١١١.

ذلك ورد في «جواهر الكلام» ما نصه: (أن الفتنة لا تمنع من استيفاء الحق ما لم تصل إلى حد وجوب الكف عن الحق له، لترتب تلف الأنفس والأموال وغيره من الفساد)[1].

ولعل مقتضى القواعد الشرعية أن يقارن بين مفسدتين الأولى: تلك التي تترتب على ترك الحق، والثانية: المفسدة المترتبة على أخذ الحق بغير قضاء، فإن كانت الأولى أشد من الثانية جاز لصاحب الحق أخذه بغير قضاء، وإن كان العكس وجب اللجوء إلى القضاء، فإن من القواعد الفقهية المقررة أنه يرتكب أخف الضررين عندما لا يكون هناك مفر من ارتكاب أحدهما.

رابعاً: تحصيل الديون إذا كان المدين مقراً بها باذلاً لها:

واتفقوا أيضاً على أنه لا يجوز تحصيل الدين بغير قضاء إذا كان من عليه الحق مقراً به باذلاً له، وسيأتي قريباً أن جميع من أجازوا استيفاء الديون بغير قضاء اشترطوا أن لا يكون المدين باذلا.

---

(١) جواهر الكلام: ج٦ص٣٨٤.

المبحث الثاني
في
ما لا يحتاج إلى الدعوى باتفاق الفقهاء

أولا: تحصيل الأعيان المستحقة:

فقد اتفقوا على أنه يجوز تحصيل الأعيان المستحقة بغير قضاء، ويذكر معظم الفقهاء مثالاً لذلك: العين المغصوبة يجوز استردادها من الغاصب قهراً[1]. غير أن كثيراً منهم عمم هذا الحكم على كل حالة يكون فيها للشخص عين عند آخر، سواء أكانت مغصوبة أم مستحقة بأي سبب آخر من أسباب الاستحقاق، فله أخذها من غير إذنه ولا إذن الحاكم[2]، فمن وجد عين سلعته التي اشتراها أو ورثها، فأخذها، أو وجد عين سلعته التي استحقها بالوصية، فله أخذها ولا يشترط الرفع إلى الحاكم[3]. وذكر بعض الحنفية أن المستأجر لو غاب بعد

---

(١) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٣، القول المرتضى: ق٧ب، ٨أ، منح الجليل جـ٤ص٣٢١. الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي: جـ٢ص٢٦٠، المنهاج وشرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٥، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٧، ٢٨٨، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٢، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠، كشاف القناع: جـ٤ص٢١١، غاية المنتهى: جـ٣ ص ٤٦٣، مختصر الفتاوي المصرية: ص ٦٠٩. شرائع الإسلام: جـ ٢ ص ٢٢٣، جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٤، كتاب القضاء -ضياء الدين العراقي: ص١١١، البحر الزخار: جـ٤ص٣٨٧.

(٢) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٢، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٠، تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٣، منح الجليل: جـ٤ص٣٢١، المنهاج وشرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٥، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٧، ٢٨٨، شرائع الإسلام: جـ٢ص٢٢٣،جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٤، كتاب القضاء- ضياء الدين العراقي: ص١١١.

(٣) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٣، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٧.

السنة، ولم يسلم المفتاح إلى المؤجر، فله أن يتخذ له مفتاحاً آخر، ويفتح العين المأجورة ويسكن فيها، أو يؤجرها لمن يشاء، وأما المتاع فيجعله في ناحية إلى حين حضور صاحبه، ولا يتوقف الفتح على إذن القاضي[1].

وذكر بعض الفقهاء أن للشخص تحصيل منافعه المستحقة له بغير إذ الحاكم: فجعلوا للمستأجر والموقوف عليه والموصى له بالمنفعة أخذ الأعيان التي تعلقت منافعهم بها من أجل تحصيل هذه المنافع، ولا يتشرط في كل ذلك الدعوى ولا القضاء[2]. وذكر في البحر الرائق وفي قرة عيون الأخيار (أنه لو أخذت أغصان شجرة إنسان هواء دار آخر، فقطع رب الدار الأغصان: فإن كانت الأغصان بحالة يمكن لصاحبها أن يشدها بحبل ويفرغ هواء داره ضمن القاطع، وإن لم يكن لا يضمن إذا قطع من موضع لو رفع إلى الحاكم أمر بالقطع من ذلك الموضع)[3].

والحاصل أن جميع المذاهب الفقهية تجيز استيفاء الحقوق المتعلقة بالأعيان سواء أكان الحق متعلقا بذاتها كحق الملك أم كان متعلقاً بمنافعها كحق المنفعة ونحوها، ولكن يظهر مما وقعت عليه أيدينا من كتب الحنابلة أنهم يقصرون ذلك على حالة الغصب، حيث اقتصروا في ذلك على ذكر هذا المثل، ولم يذكروا غيره[4]، ومع أنهم لم يصرحوا بعدم جواز أخذ العين المستحقة في غير حالة الغصب، إلا أنه لا يستقيم إلزامهم بإلحاق الحالات الأخرى بالحالة التي ذكروها، لجواز أن يكونوا قد نظروا إلى ما في الغصب من تعد وتحد ظاهرين لا يوجدان في غيره من الحالات الأخرى.

ولكن الفقهاء اتفقوا -كما تقدم[5]- على أنه يشترط لجواز أخذ العين المستحقة بغير

---

(١) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٢، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٠.

(٢) تحفة المحتاج: جـ ١٠ص٢٨٧، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٢طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠، كتاب القضاء -ضياء الدين العراقي: ص١١١.

(٣) البحر الرائق: جـ ٧ ص ١٩٢ قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٠.

(٤) انظر: كشاف القناع: جـ٤ص٢١١، غاية المنتهى: جـ٣ص٤٦٣، مختصر الفتاوي المصرية: ص ٦٠٩.

(٥) انظر ص ١١٢.

قضاء أن لا يؤدي ذلك إلى تحريك فتنة أو مفسدة عظيمة، وذكر بعض الشافعية شرطاً آخر لذلك، وهو أن تكون العين المراد أخذها تحت يد عادية[1]: بأن لا يكون قد تعلق بها حق لشخص آخر، وذلك كأن يشتري شخص عيناً من آخر كان قد أجرها أو رهنها، فليس له -بناء على هذا الشرط- أخذها قهراً؛ لتعلق حق غير البائع بها، ولكن بعضاً آخر منهم لم يشترط هذا الشرط، فأجاز أخذها وإن لم تكن تحت يد عادية[2]، وقد يوفق بين هذين الرأيين بأن المنع إنما يكون إذا كان المشتري يعلم أن يد البائع يد غير عادية، فإذا كان جاهلاً بذلك جاز له أخذها.

وذكر كثير من فقهاء المالكية أنه يشترط أيضاً أن لا يؤدي أخذ العين إلى سوء عاقبة من فساد عضو أو عرض أو نحو ذلك، وذلك كمن ظفر بالعين المغصوبة أو المشتراة أو الموروثة، وخاف إن أخذها بنفسه أن ينسب إلى السرقة، فلا يجوز له أخذها إلا بعد رفعها للحاكم دفعاً لهذه المفسدة[3].

وذهب صاحب تهذيب الفروق إلى أنه يشترط أن يكون استحقاق العين المراد أخذها مجمعا على ثبوته عند الفقهاء، إلا أنه استدرك وقال: (نعم افتقار هذا النوع[4] إلى الحاكم من حيث الجملة، وإلا فالكثير من مسائله لا يفتقر للحاكم منها: من وهب له مشاع من عقار، أو اشترى مبيعاً على الصفة أو أسلم في حيوان، ونحو ذلك، فإن المستحق المعتقد لصحة هذه الأسباب يتناول هذه الأمور من غير حاكم، والمفتقر من مسائله قليل جداً)[5].

---

(١) شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٥، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦١ طبع سنة ١٣٧٧هـ.

(٢) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٧، ٢٨٨.

(٣) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٥، منح الجليل: جـ٤ص٣٢١، القول المرتضى ق٧ب.

(٤) يقصد بـ «هذا النوع»: ما كان مختلفاً في ثبوته.

(٥) وهذا الذي ذهب إليه صاحب تهذيب الفروق استنبطه مما ذكره القرافي في «الأحكام»: فقد جعل من الأسباب الموجبة لعرض القضية على الحاكم قوة الخلاف بين الفقهاء في موضوعها مع وقوع تعارض فيها بين حقوق الله تعالى وحقوق الخلق، ومثاله: بيع من اعتقه المديان، فإنه وإن صح عند المالكية لكن الشافعي رحمه الله ينكره انكاراً شديداً ويقول: الدين في الذمة، والعتق في عين الرقبة، فلا تنافي بينهما، فلا يبطل العتق، فهذه مسألة الخلاف فيها قوي، وقد تعارض فيها حق الله تعالى في العتق =

ثانياً: تحصيل نفقة الزوجة والأولاد:

ومما اتفقوا على جواز استيفائه من الحقوق بغير إذن الحاكم نفقه الزوجة ونفقة أولادها ونحو ذلك: فيباح لها أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها ويكفي أولادها من غير إذنه ولا إذن للحاكم[1].

وإنما اتفقوا على ذلك لما ورد في الحديث الصحيح عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت: دخلت هند بنت عتبة[2] امرأة أبي سفيان[3] على رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك جناح؟ فقال رسول الله ﷺ (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك)[4]، فجعل لها رسول الله ﷺ الحق في أخذ نفقتها ونفقة ولدها بغير

وحق الغرماء في مالية العبد وحق السيد في براءة ذمته من الدين، فلا بد فيها من حكم حاكم، بناء على الأصل الذي قرره القرافي -أنظر الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام: ص٤٢، ٤٣، من هذا يتبين أن ما ذهب إليه صاحب تهذيب الفروق فيه مبالغة وتعميم لا يفهم من كلام القرافي، فإن كلامه يشير إلى أنه لا ضرورة لحكم الحاكم إذا كان الخلاف بين الفقهاء حول المستحق غير قوي، أو لم يكن في المسألة تعارض بين حقوق الله وحقوق الخلق، لذلك وجدنا صاحب التهذيب يستدرك بما يخفف من تلك المبالغة فيذكر أمثلة لأمور اختلف فيها الفقهاء، وجاز تحصيل المستحق فيها من غير قضاء، ولكنه لم يذكر تعليلاً لهذا الاستدراك، والواقع ان تلك الأمور المختلف فيها لا تدخل تحت الأصل الذي ذكره القرافي، لأنه ليس فيهاتعارض بين حقوق الله التي لا يبت فيها غير الحاكم وحقوق الخلق، وإنما تعارض فيها حقوق العباد بعضها مع بعض: فالسلم في الحيوان مثلاً منعه الحنفية وأجازه غيرهم، والحقوق المتعارضة فيه تخص رب السلم والمسلم إليه، وليس أحدها حقاً لله تعالى.

(١) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٥، شرح النووي على صحيح مسلم: جـ١٢ص٧، ٨، الحاوي الكبير: جـ١٣ ق٨٤أ، المهذب: جـ٢ص٣١٩، المغني: جـ٩ص٢٣٧، القواعد لابن رجب: ص١٧، ٣١، ٣٢، كشاف القناع: جـ٤ص٢١١، غاية المنتهى: جـ٣ص٤٦٣، كتاب الخلاف للطوسي: المجلد الثاني ص٦٤٧، البحر الزخار: جـ٤ص٣٨٧.

(٢) هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس، صحابية، قرشية، وهي أم الخليفة معاوية، كانت فصيحة جريئة شاعرة، أسلمت يوم الفتح وشهدت اليرموك، توفيت سنة ١٤هـ.

(٣) هو صخر بن حرب بن أمية، صحابي من سادات قريش، اسلم يوم الفتح، توفي سنة ٣٢هـ- خلاصة التذهيب: ص١٤٦.

(٤) صحيح البخاري مع فتح الباري: جـ١٣ص١٤٦، صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٢ص٧، سنن أبي داود مع معالم السنن: جـ٣ص١٦٦، سنن النسائي: جـ٨ص٢٤٦، ٢٤٧، السنن الكبرى: جـ١٠ص١٤١، أحكام الأحكام لابن دقيق العيد: جـ٤ص١٦٤.

علم زوجها، ولا يقال: إن هذا الحديث لا يصلح للاستدلال على جواز أخذ النفقة بغير قضاء، لأن هنداً قد رفعت أمرها إلى الحاكم، وهو رسول اللّه ﷺ، فقضى لها بما طلبت، وذلك لان قوله عليه الصلاة والسلام لها (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك) محمول على الإفتاء بجواز ذلك، لا على القضاء[1].

ومقتضى هذا الحديث أنه يجوز للزوجة أن تأخذ نفقتها من مال الزوج، سواء أكان من جنس حقها أم لم يكن[2]، ولكن مقتضى مذهب الحنفية في استيفاء الديون أنه لا يجوز لها ذلك إلا من جنس حقها كما سيأتي.

هذا وسيأتي قريباً أن جمهور الفقهاء عملوا بمقتضى هذا الحديث بالنسبة لجميع الحقوق، فأجازوا لأصحابها استيفاءها بغير إذن الحاكم بشروط ذكر بعضها وسيأتي ذكر البعض الآخر، وذلك عن طريق القياس على نفقة الزوجة، وإن الحنابلة اقتصروا في أعمال مقتضى هذا الحديث على ما ورد فيه فقط، و لم يعملوه بالنسبة للحقوق الأخرى إلا في نطاق ضيق جداً.

---

(١) انظر شرح النووي على صحيح مسلم: جـ٢ص٧، ٨.

(٢) معالم السنن: جـ٣ص١٦٧، أحكام الأحكام لابن دقيق العيد: جـ٤ص١٦٤.

المبحث الثالث
في
ما اختلف في جواز تحصيله من الحقوق بغير قضاء

إن أكثر اختلاف الفقهاء في «مسألة الظفر» إنما هو بالنسبة لاستيفاء الحقوق المترتبة في الذمة: هل يجوز بغير دعوى وإذن حاكم أم لابد من ذلك؟

إن الفقهاء في ذلك بين مجيزين ومانعين، والفريق الأول منهم الموسع الذي أجاز تحصيل الحقوق بغير دعوى في حالات كثيرة وبشروط غير مشددة، ومنهم المضيق الذي تشدد في الشروط المطلوبة من أجل إجازة استيفاء الحق بغير رفع للحاكم، وأما الفريق الثاني فالأصل عندهم اشتراط إذن الحاكم في كل مرة يريد صاحب الحق أن يستوفي حقه بغير إذن المدين، ولهم على هذا الأصل استثناءات محددة وقليلة:

الفريق الأول: المجيزون:

والذين أجازوا استيفاء الدين بغير إذن الحاكم من الفقهاء هم الحنفية والمالكية والشافعية والشيعة وابن حزم الظاهري[1]، والحنفية أكثرهم تضييقاً في ذلك. وفيما يلي تفصيل هذه المسألة في كل مذهب من هذه المذاهب[2].

---

(١) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (٣٨٤-٤٥٦هـ): ولد بقرطبة، ونشأ شافعي المذهب، ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر، له مصنفات كثيرة جداً أشهرها «المحلى» في الفقه، «والأحكام» في أصول الفقه -الفتح المبين: جـ١ص٢٢٤.

(٢) لقد آثرنا بحث هذه المسألة في كل مذهب على حده، وإن كانت هذه المذاهب متفقة على أصل الجواز، وإن كانت أيضاً ربما اشتركت في بعض الأدلة على هذا الأصل، وذلك لاختلاف أحكام هذه

=

مذهب الحنفية:

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن من كان له دين على آخر، و لم يوفه إياه برضاه فله أن يأخذ مقدار دينه من مال الغريم بشرط أن يكون هذا المال من جنس حقه، وأن يكون بنفس صفته[1]. وبناء على ذلك لا يجوز لصاحب الدين أن يأخذ من دراهم غريمه بقدر حقه إن كان حقه دنانير[2]، ولا يجوز له أن يأخذ عيناً من أعيان غريمه، ولا أن يستوفي منفعة من منافعه مقابل تلك الدنانير التي له، وكذلك ليس له أن يأخذ الصحيح مقابل المنكسر، ولا بد أن يأخذ مثل ماله من حيث الصفة أيضاً.

وينبغي أن يلاحظ في هذا المقام أن الحنفية أجازوا -كما تقدم[3]- لصاحب العين أو المنفعة أن يأخذها ممن هي تحت يده بغير إذن الحاكم، ولا يعتبر هذا خروجاً عن قاعدتهم السابقة؛ لأن الإنسان في هذه الحالة إنما يأخذ عين حقه، ولا يأخذ غيرها: فمن غصبت عينه مثلاً جاز له أخذها، فإن فعل لم يكن متعدياً، ولكن ليس له -بناء على أصلهم المتقدم- أن يأخذ عيناً أخرى بدل عينه المغصوبة لو هلكت، إذ بهلاكها تصبح قيمتها ديناً في ذمة الغاصب، فيسري عليه قاعدتهم السابقة في عدم جواز استيفاء الدين بغير القضاء إلا من جنس حقه وصفته، ومثل هذا يقال بالنسبة لمن اشترى عيناً، فرفض البائع تسليمها إليه بعد قبضه الثمن، فللمشتري أخذ عينه التي اشتراها، ولا يقال: إنه أخذها بدل دينه وهو الثمن الذي أداه، لأن حقه بعد العقد وتسليمه الثمن للبائع تعين في العين المبيعة، وانقطع عن تعلقه بما أداه من الثمن، فهو حينما أخذ العين المبيعة إنما أخذ عين حقه و لم يتعد.

المسألة في كل مذهب من جهة، ولوجود أكثر من قول في معظمها من جهة أخرى، وبسبب اختلافها في الاستدلال في كثير من الأحيان من جهة ثالثة، فتساهلنا في بعض التكرار حرصاً على استكمال الفائدة، وعلى الأمانة في نسبة الأدلة لأصحابها.

(١) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٢، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٠.

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر ص ١١٤.

هذا ويروى عن أبي بكر الرازي[1]، من الحنفية أنه رأى جواز أخذ الدراهم بالدنانير استحساناً لا قياساً[2].

وذكر بعض متأخريهم أن لصاحب الحق أن يأخذ جنس حقه من المدين مقراً كان أو منكراً، له بينة أولا، كما يجوز له أن يتوصل إليه ليأخذه بنحو كسر الباب ونقب الجدار بشرط أن لا تكون هناك وسيلة غيرها، وأن لا يمكنه تحصيل حقه بواسطة القضاء[3].

وذهبوا أيضاً إلى أنه يجوز للدائن إذا ظفر بمال مدين مدينه والجنس واحد أن يأخذ منه مقدار حقه[4].

ثم إذا أخذ الدائن من مال مدينه من غير جنس حقه، وبغير إذنه، وبغير قضاء، فتلف في يده، فإنه يضمن ما أخذ ضمان الرهن[5]: فقد ذكر صاحب قرة عيون الأخيار نقلاً عن البزازية أن الدائن لو (رفع عمامة مديونه عن رأسه حين تقضاه الدين وقال: لا أردها عليك حتى تقضي الدين، فتلفت العمامة في يده تهلك هلاك الرهن بالدين)[6].

---

(١) هو أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص (٣٠٥-٣٧٠هـ): كان إمام الحنفية في عصره، عده البعض من المجتهدين في المذهب، له تصانيف منها: أحكام القرآن وشرح مختصر الكرخي -الفوائد البهية والتعليقات السنية: ص٢٧، ٢٨.

(٢) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٢، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٠، ويجدر بالذكر أن الماوردي الشافعي جعل هذا الرأي المروي عن أبي بكر الرازي قول أبي حنيفة، وتبعه في ذلك الطوسي - انظر: الحاوي: جـ١٣ق٨٤ب، وكتاب الخلاف -المجلد الثاني ص٦٤٦، وما ذكره صاحب البحر الرائق- وتبعه صاحب قرة عيون الأخيار- يدل على أنه قول لأبي بكر الرازي مبني على الاستحسان لا القياس، كما تقدم في المتن.

(٣) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٢، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٠.

(٤) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٣، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٠.

(٥) انظر: المرجعين السابقين.

(٦) قرّة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٠.

الأدلة:

لم يذكر فقهاء الحنفية أدلة على مذهبهم السابق في استيفاء الحقوق بغير قضاء[1]، ولعلهم حاولوا بما ذهبوا إليه فيما تقدم الجمع بين الأدلة التي احتج بها من توسع في إجازة استيفاء الحقوق بغير قضاء[2]، والأدلة التي استدل بها الحنابلة على عدم إجازة ذلك، والتي سيأتي تفصيلها عند ذكر مذهبهم: فحملوا الأولى على أخذ جنس الحق من مال المدين، والثانية على أخذ غير جنس الحق.

ولعلهم أيضاً نظروا إلى أن احتمال حدوث فتنة في تحصيل الحقوق من جنسها أقل من احتمال حدوثها في تحصيلها من غير جنسها؛ وذلك لاحتمال نشوب الاختلاف والمنازعة في الصورة الثانية حول قيمة الشيء المأخوذ وأهميته بالنسبة لصاحبه، وهو احتمال أضعف في الصورة الأولى، حيث أن تحديد الحق بمثيله في الجنس والصفات أمر منضبط ولا خلاف حوله.

هذا وقد استدل لهم على قصر جواز الأخذ على ما هو من جنس الحق الماوردي الشافعي[3] في كتابه «الحاوي الكبير» ببعض الأخبار وغيرها فقال (وإن لم يقدر -أي

(١) هذا في حدود ما اطلعت عليه من كتبهم، ولا بد أن قدماءهم تعرضوا لهذه المسألة وأدلتها، بدليل أن بعض فقهاء المذاهب الأخرى كالماوردي الشافعي وابن قدامة الحنبلي نقلوا عنهم الاستدلال ببعض الأدلة، سنذكرها في متن الصفحة التالية إن شاء الله.

(٢) وهذه كالآيات المتضمنة لجواز رد العدوان بمثله، ومقابلة العقوبة بالعقوبة المساوية لها مثل قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٤]، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل:١٢٦]، وغيرها، وكذلك بعض الأحاديث كحديث قضية هند زوجة أبي سفيان، وقد تقدم، وغيره مما سيأتي تفصيله في الاستدلال لمذهب الشافعية وغيرهم ممن توسعوا في جواز تحصيل الحقوق بغير قضاء.

(٣) هو أبو الحسن علي بن محمّد بن حبيب البصري الماوردي: إمام من أئمة الشافعية، له مصنفات كثيرة في التفسير والفقه وأصوله والآداب منها: الحاوي الكبير، والاقناع وهما في الفقه، وأدب الدين والدنيا والتفسير ودلائل النبوة، والأحكام السلطانية، وقانون الوزارة وسياسة الملك، وغير ذلك، توفي سنة ٤٥٠هـ، وكان قد بلغ ستاً وثمانين سنة - انظر تفصيل حياته في: طبقات الشافعية الكبرى: جـ٣ص٣٠٣-٣١٤- الطبعة الأولى، وانظر ايضاً: طبقات الفقهاء للشيرازي: ص١١٠.

صاحب الحق- على حقه إلا من غير جنسه من الأمتعة والعروض لم يكن له أخذه -عند الحنفية- احتجاجاً بما روي عن رسول اللّه ﷺ أنه قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»[1]، وبرواية أنس وأبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[2]، ولأنه لا يجوز أن يتملكه، فلم يجز أن يأخذه قياساً على ما في يد الغريم من رهون وودائع، ولأنه إذا أخذه من غير جنس حقه لم يخل أن يأخذه ليتملكه أو يبيعه، فلم يجز أن يتملكه؛ لإنه من غير جنس حقه، و لم يجز أن يبيعه؛ لإنه لا ولاية له على بيعه، فبطل أن يكون له حق في أخذه)[3].

كما استدل لهم ابن قدامة الحنبلي[4] في المغني[5] بأن أخذ العرض بدل حقه اعتياض والمعاوضة لا تجوز إلا برضا من المتعاوضين، حيث قال اللّه تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً﴾ [النساء:٢٩]، فقد حرم اللّه تعالى على عباده أن يأخذوا أموال بعضهم

---

(١) المطالب العالية: جـ١ص٤٢٢، وقد ورد فيه عن شيخ من البحرين عن رسول اللّه ﷺ في خطبته في حجة الوداع، ونصه (لا يحل من مال امرئ إلا من أعطى عن طيب نفسه)، ورواه ابن حبان في صحيحه، والحاكم من حديث طويل عن ابن عباس، والدارقطني عن ابن عباس أيضاً، وفي طريقه العرزمي وهو ضعيف، ورواه البيهقي من حديث أبي حميد الساعدي بلفظ قريب- انظر التلخيص الحبير: جـ٣ص٤٥، ٤٦.

(٢) انظر: معالم السنن: جـ٣ص١٦٨، سنن الدارمي: جـ٢ص١٧٨، حلية الأولياء، جـ٦ص١٣٢، سبل السلام جـ٣ص٨٩، وقال الصنعاني: رواه الترمذي وحسنه وصححه الحاكم واستنكره أبو حاتم الرازي، وقال عنه ابن حجر: تفرد به طلق بن غنام عن شريك واستشهد له الحاكم بحديث أبي التياح عن أنس، وفيه ايوب بن سويد مختلف فيه، وقال الشافعي هذا الحديث ليس بثابت، وقال ابن الجوزي: لا يصح من جميع طرقه، ونقل عن الإمام أحمد أنه قال: هذا حديث باطل لا أعرفه من وجه يصح - انظر التلخيص الحبير: جـ٣ص٩٧.

(٣) الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٨ب.

(٤) هو عبداللّه بن أحمد بن محمّد بن قدامة المقدسي: ولد في سنة ٥٤١هـ بجماعيل -من أرض نابلس من الأرض المقدسة، أحد أعلام الحنابلة المشهورين، وإمام من أئمة المسلمين، روي عن ابن تيمية أنه قال: ما دخل الشام بعد الأوزاعي أفقه من الشيخ موفق أي ابن قدامة، كان له في كل علم باع طويل، وله تصانيف حسان منها: البرهان في مسألة القرآن، وفضائل الصحابة، والمغني في الفقه والروضة في أصول الفقه، وغيرها كثير جداً، توفي سنة ٦٢٠هـ- الذي على طبقات الحنابلة: جـ٢ص١٣٣-١٤٩.

(٥) المغني: جـ٩ص٣٢٦.

بالباطل، ودلت الآية الكريمة على أنه لا يخرج من مفهوم الأخذ بالباطل إلا ما كان عن تراض، والتراضي هو ما يكون في تجارة أبو بيع، أو عطاء يعطيه أحد أحداً[1].

وقد يستدل لهم أيضاً بظاهر الآيات الكريمة الموجبة للقصاص: كقوله تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللَّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة:١٩٤]، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرينَ﴾ [النحل:١٢٦]، فقد دلت هاتان الآيتان وأمثالهما على وجوب مراعاة المماثلة في القصاص، وأخذ غير جنس الحق ليس مماثلة، فيقتصر على الأخذ من الجنس.

مذهب المالكية:

وذهب المالكية إلى أن من كان له حق على غيره، وكان ممتنعاً عن أدائه، فله أن يأخذ من مال المدين قدر حقه، سواء أكان هذا المال من جنس حق الدائن، أم من غير جنسه وهذا هو مشهور مذهب مالك[2]، وهناك أقوال أخرى في المذهب:

منها أن صاحب الحق ليس له أن يأخذ من مال الغريم غير جنس حقه[3].

ومنها أنه ليس له ذلك من الجنس أو غيره[4].

ومنها أن له أن يأخذ مقدار حقه من مال غريمه من جنس حقه أو غيره بشرط أن لا يكون هذا المال المأخوذ وديعة عند الآخذ[5]، وقد استدل أصحاب هذا الرأي بقول رسول

---

(١) انظر تفسير الطبري: جـ٨ص٢٢١.

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام: ص٢٧، منح الجليل: جـ٤ص٣٢١، القول المرتضى في أحكام القضاء: ق٨أ.

(٣) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٥.

(٤) القول المرتضى: ق٨أ.

(٥) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٥، منح الجليل: جـ٤ص٣٢١، القول المرتضى ق٨أ.

اللّه ﷺ «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[1] وقد ذكر في منح الجليل أن هذا القول ضعيف غير معتمد، وإن المعتمد جواز أخذ الحق من الوديعة[2]، ولكن بعض علماء المالكية صرح بأنه قول مالك في المدونة[3].

ويفهم من كلام بعض علماء المالكية أن جواز أخذ الحق من مال الغريم بغير إذن القاضي يشترط له أن لا يقدر صاحب الحق على أخذ حقه بطريق الشرع الظاهر، وذلك بأن لا يكون معه بينة، وأن يكون الذي عليه الحق منكراً[4]، ولكن كثيرين منهم لم يروا شرط عدم وجود البينة، وإن كان جميعهم يصرحون باشتراط امتناع الذي عليه الحق من أدائه[5].

ثم إذا جاز لصاحب الحق أن يأخذ من مال غريمه، فإنه ينظر: فإن كان غريمه غير مديان أخذ مقدار دينه جميعه، وأما إن كان غريمه مدياناً فإنه يأخذ من ماله بقدر حصته[6].

الأدلة:

واستدلوا على المعتمد من مذهبهم بما يلي:

١- بقول اللّه تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٤].، ولا شك في أن من كان عليه حق فأنكره وامتنع عن بذله فقد اعتدى، فيجوز أخذ الحق من ماله بغير إذنه وبغير حكم القاضي، فإن الشارع قد أذن بذلك[7].

٢- واستدلوا أيضاً بقضية هند زوجة أبي سفيان[8]، حيث أجاز لها رسول اللّه ﷺ أخذ

---

(١) سبق تخريجه في ص١٢٣.
(٢) منح الجليل: جـ٤ص٣٢١.
(٣) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٥، القول المرتضى ق٨أ.
(٤) منح الجليل: جـ٤ص٣٢١.
(٥) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٣، القول المرتضى ق ٨ أ .
(٦) القول المرتضى: ق٨أ.
(٧) القول المرتضى: ق٨أ.
(٨) سبق تخريج هذه القصة في ص١١٧.

ما يكفيها وبنيها بالمعروف من غير إذن زوجها، وبدون رفع إلى الحاكم[1] وقالوا: إن هذا منه عليه الصلاة والسلام تشريع عام يجيز لكل ذي حق أن يأخذ حقه من غريمه بغير إذن الحاكم إذا امتنع من عليه الحق من أدائه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قال ما قاله لهند على سبيل الفتيا والتشريع، لا على سبيل القضاء[2].

٣- واستدلوا بقول رسول الله ﷺ (انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً)[3]؛ وإن أخذ الحق من الظالم نصر له[4].

مذهب الشافعية:

الأصل في المذهب الشافعي أن صاحب الدين له أن يستقل باستيفائه من مال غريمه، سواء أكان هذا المال من جنس حقه أم كان من غيره، ولكن هذا ليس على إطلاقه عندهم، وإنما اشترطوا لجواز ذلك شروطاً بعضها متفق عليه عندهم، والبعض الآخر فيه أكثر من قول:

أولا: فأما ما اتفق عليه من الشروط:

١- أن يكون الشخص الذي عليه الحق ممتنعاً عن أدائه، فإن كان غير ممتنع فلا يحل لصاحب الحق أن يأخذ شيئاً من ماله -سواء أكان من جنس حقه أم كان من غيره- إلا بإذنه، فلا يجوز أن يأخذ إلا ما يعطيه؛ وذلك لأن الخيار في تعيين المال الذي يقضي به الدين إنما هو لمن عليه الحق، وليس لصاحب الحق، فإن أخذ شيئاً من ماله بغير إذنه كان آثماً، ولزمه

(١) تهذيب الفروق: ج٤ص١٢٥، القول المرتضى: ق٨أ، الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام: ص٢٧.
(٢) الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام: ص٢٧.
(٣) رواه مسلم من حديث طويل عن جابر بن عبدالله -انظر صحيح مسلم بشرح النووي: ج١٦ص١٣٧، ١٣٨، وورد في سنن الدارمي: ج٢ص٢٢٠ عن جابر أيضا، وورد في موارد الظمآن: ص٤٥٧ عن ابن عمر وذكره أبو نعيم في حلية الأولياء: ج٣ص٩٤.
(٤) تفسير القرطبي: ص٧٣٠ طبعة الشعب.

رده، ويجري عليه حكم الغاصب، وكان ضامناً له إلى أن يرده إلى صاحبه[1]، فإن تلف ضمنه، لأنه أخذ مال غيره بغير حق[2]، إلا إذا تحقق شرط التقاصّ، وهو أن يكونا متفقين بالصفات، فيتقاصّا[3].

فأما إذا كان المدين مقراً بما عليه من الحق، فهل يجوز أخذ ماله بغير قضاء؟ والجواب أنه ينظر: فإن كان ممتنعاً عن البذل جاز ذلك، وقيل لا يجوز، لإمكانه تحصيل حقه بواسطة الحاكم، حيث أن معه حجة شرعية وهي الإقرار[4]، وإن كان غير ممتنع فلا يجوز كما تقدم إلا إذا كان مماطلاً، فقد اختلفوا فيه: فذهب الإمام الغزالي[5] إلى أنه لابد من الرفع إلى الحاكم في هذه الحالة ولا يجوز تحصيل الدين بغير ذلك، إلا إذ كان الرفع متعذراً فيجوز[6]، وهناك رأي آخر في المذهب ينزل المماطل منزلة الممتنع صراحة، فيجيز لصاحب الحق أن يأخذ من ماله بغير إذنه وبغير حكم القاضي[7]، هذا وقد ذكر صاحب تحفة المحتاج انه يلحق بالممتنع من لا يقبل إقراره من صغير أو مجنون[8].

٢- أن يكون الدين حالاً، فإن كان مؤجلاً، و لم يحل أجله، لم يجز لصاحب الحق أخذ شيء من مال المدين، وقد ذكر ذلك بعض علماء الشافعية صراحة، فذكر الحلول شرطاً في

---

(١) وليس له أن يقاصص به دينه قبل تلفه، لأن القصاص يختص بما في الذمم دون الأعيان -انظر الحاوي الكبير: جـ١٣ق٨٤ب.

(٢) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي: جـ٢ص٢٦٠، المنهاج وشرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٥، المهذب، جـ٢ص٣١٩، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٨، مغني المحتاج جـ٤ص٤٦٢، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٣) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٨، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٢، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٤) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٩.

(٥) هو الإمام محمّد بن محمّد بن أحمد الطوسي (٤٥٠-٥٠٥هـ): كان أفقه اقرانه وإمام أهل زمانه صنف في كل فن وأجاد، وله عشرات التصانيف الجيدة منها: الوسيط والبسيط والوجيز وإحياء علوم الدين والمستصفى- طبقات الشافعية الكبرى جـ٦ص١٩١ طبع سنة ١٣٨٨هـ.

(٦) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي -الغزالي: جـ٢ص٢٦٠.

(٧) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٩.

(٨) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٨.

جواز الأخذ من مال الغريم[1]، والآخرون يشير كلامهم إلى هذا الشرط، لأنهم يشترطون أن يكون الدين مستحقاً[2]، وهو لا يكون كذلك قبل حلول أجله، ثم إن الدين الذي لم يحل أجله لا يجوز استيفاؤه عن طريق القضاء، ولا تقبل به الدعوى كما سيأتي في شروط الدعوى من الباب الأول، فإن كان لا يجوز تحصيله بالتداعي والقضاء فلأن لا يجوز من غير قضاء أولى.

٣- أن لا يؤدي الأخذ بغير الحاكم إلى فتنة أو مفسدة عظيمة، وقد علم أن هذا شرط في استيفاء الحقوق جميعها سواء أكانت أعياناً أم منافع أم ديوناً، كما علم مما تقدم أنه شرط متفق عليه في جميع المذاهب[3].

٤- أن يكون الدين حقاً للعبد: فأما دين اللّه تعالى، كزكاة امتنع المالك من أدائها فليس لمستحقها الأخذ من ماله إذا ظفر به، وذلك لأن صحة الزكاة تتوقف على النية، والنية تكون من المالك لا المستحق[4]، ومع ذلك فإنهم قالوا: إنه لا يجوز ذلك للمستحق حتى وإن كان المالك قد عزل الزكاة ونوى إخراجها، وعلم ذلك، وكان المستحقون منحصرين، إلا أنه لو أخذها المستحق حينئذ اعتد بها بوجود النية من المالك، وكان فعله محرماً[5].

ثانياً: وأما ما اختلفوا فيه:

١- فهناك قول عندهم: أنه لا يجوز لصاحب الحق أن يستوفي حقه من مال غريمه بغير قضاء إلا بشرط العجز عن استيفائه بواسطة القضاء، فإن قدر على تحصيل حقه بالحاكم لم

---

(١) المرجع السابق.
(٢) المنهاج وشرح المحلي: جـ٤ص٣٣٥، المهذب: جـ٢ص٣١٩، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٢ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.
(٣) انظر ص ١١١.
(٤) شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٤، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٢ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، حاشيةالباجوري: جـ٢ص٤٠٠.
(٥) شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٤.

يجز تحصيله بغيره، وذلك كأن يكون غريمه مقراً بما عليه، أو كان معه بينة شرعية بحقه[1]، ولكن المعتمد في المذهب الشافعي عدم اشتراط ذلك؛ لأن رسول اللّه ﷺ أجاز لهند زوجة أبي سفيان أخذ نفقتها بدون الرجوع إلى الحاكم مع تمكنها من ذلك في كل وقت[2]، ولأن اللجوء إلى القضاء فيه ما فيه من التكاليف والمشقة وتضييع الزمان[3].

هكذا حرر الخلاف في هذه المسألة في بعض كتب الشافعية[4]، ولكن الماوردي حرره في «الحاوي» على طريقة أخرى، حيث قال: (وإن قدر صاحب الدين على أخذه بالمحاكمة وعجز عنه بغير المحاكمة، وذلك لأحد وجهين: إما لمطْلة مع الإقرار، أو لإنكاره مع وجود البينة، فهو على ضربين: أحدهما: أن يقدر على أخذ دينه من جنسه فيجوز له أخذه منه بغير علمه، لأن إخراجه إلى المحاكمة عدوان من الغريم، والضرب الثاني: أن لا يقدر على أخذه إلا من غير جنسه، ففي جواز أخذه من غير علمه وجهان: أحدهما يجوز، تعليلاً بما ذكرناه من عدوان الغريم.....، والوجه الثاني: ليس له أخذه إلا بالمحاكمة، لقدرته عليه بما تزول عنه التهمة....)[5]، فيظهر من كلام الماوردي المتقدم أنه لا خلاف في جواز استيفاء الحق من مال الغريم إذا كان من جنسه سواء أقدر صاحب الحق على أخذه بالمحاكمة أم لم يقدر، وأن الخلاف إنما هو فيما إذا لم يقدر صاحب الحق على أخذ حقه إلا من غير جنسه.

٢- واختلفوا أيضاً في جواز أخذ مال الغريم إذا كان ذلك يستلزم إتلاف ماله بنحو كسر باب ونقب جدار وقطع ثوب على قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز ذلك إذا كان تحصيل الحق عن طريق القضاء ممكناً[6]، فإن لم

---

(١) المهذب: جـ٢ص٣١٩.
(٢) المرجع السابق: أحكام الأحكام لابن دقيق العيد: جـ٤ص١٦٤.
(٣) المهذب: جـ٢ص٣١٩، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠.
(٤) انظر: المهذب: جـ٢ص٣١٩.
(٥) الحاوي الكبير: جـ١٣ق٨٤ب، ومثل ما ذكره الماوردي يفهم مما ذكره شراح المنهاج - انظر تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٩، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٢، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.
(٦) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٩، ٢٩٠، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٢، ٤٦٣، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

يكن ممكناً جاز له ذلك بالشروط التالية:

أ- أن لا يتلف شيئاً يتعلق به حق لغير المدين، كأن تكون الدار التي يريد الأخذ منها بكسر بابها أو نقب جدارها مرهونة أو مؤجرة أو موصى بها أو بمنفعتها[1].

ب- أن لا يكون هناك وسيلة أخرى ليس فيها إتلاف، يستطيع بها أخذ حقه، فإن كان قادراً على أخذ حقه بغير كسر باب أو نقب جدار أو قطع ثوب، فليس له فعل ذلك، فإن فعل كان ضامناً، ويجب عليه أيضاً أن لا يتلف أكثر مما تقتضيه ضرورة الحصول على حقه، وما زاد فيه يكون متعدياً، فيضمنه[2].

جـ- أن لا يكون الإتلاف واقعاً على ملك صبي أو مجنون[3]؛ لأنه إنما جاز له ذلك لتعد المدين في منعه من حقه، فيهدر ماله لذلك، ولكن التعدي لا يصدر عن الصبي أو المجنون[4]، وأضاف بعضهم أنه لا يجوز أن يتلف مال غريم من أجل الوصول إلى حقه؛ لأن مسئوليته تجاه الدائن أخف من مسئولية الغريم[5].

د- وذكر بعضهم أنه يشترط أيضاً أن يقوم الدائن بذلك بنفسه، فلا يجوز له أن يوكل غيره[6].

وهذا القول هو ما يفهم من قول النووي[7] في المنهاج (وإذا جاز الأخذ، فله كسر باب

---

(١) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٩، ٢٩٠، شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي وحاشية عميرة - جـ٤ص٣٣٥، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٢، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٠، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٢، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٤) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٠.

(٥) مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٢ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٦) المرجع السابق.

(٧) هو يحيى بن شرف بن مري النووي (٦٣١-٦٧٦هـ): إمام قدوة من أئمة الشافعية، كان حافظاً للحديث وفنونه، ورأساً في معرفة المذهب الشافعي، ورعاً شجاعاً يواجه الظلمة من الملوك والحكام بالانكار، ويخوفهم بالله تعالى، له تصانيف مفيدة وكثيرة منها: شرح صحيح مسلم ورياض الصالحين وشرح المهذب- التعليقات السنية: ص١٠.

ونقب جدار لا يصل -أي إلى- المال إلا به)[1]، فـإن مفهـوم قولـه: (لا يصـل - أي إلى - المال إلا به) إنه لا يجوز له ذلك إذا تمكن من أخذ حقه بواسطة القضـاء أو غـيره، وهـذا مـا جزم به صاحب «مغني المحتاج» حيث قال: (ويؤخذ من قول المصنف «لا يصل المـال إلا بـه» أنه لو كان مقراً ممتنعاً، أو منكراً وله عليه بينة انه ليس له ذلك، وهو كذلك)[2].

القول الثاني: أنه يجوز للدائن أن يصل إلى مال الغريم ليأخذ منه حقه بنحو كسـر بـاب أو نقب جدار، حتى وإن كان قادرا على تحصيل حقه بواسـطة القضـاء، واسـتدل أصحـاب هذا القول بأن من استحق شيئاً استحق الوصول إليه، فهو كمن اتلف مالاً صائلاً تعذر دفعـه بغير إتلافه، فلا يكون ضامناً[3]، وقد أجاب أصحاب هذا القول على من اشترط لجواز ذلـك عدم إمكان الرفع إلى الحاكم بأن المالك للمال المتلـف متعـد بمنعـه الحـق الـذي عليـه، فيهـدر ماله، ولذلك لم يجز في حق الصغير والمجنون، لأنه لا ينسب التعدي إليهما[4].

ولعل القول الأول أكثر انسجاماً مع ما تقتضيه روح الشريعة وقواعدها، إذ مقتضاها أن الضرر لا يدفع بما هو أشـد منـه، وإن تحصيـل الحـق بواسـطة القضـاء إذا كـان ممكنـاً أسـهل وأخف كلفة وأقل ضرراً من نقب الجدار وكسـر البـاب وخصوصـاً أن ذلـك قـد يـؤدي إلى الفتنة والشحناء، وأما ما احتج به أصحـاب القـول الأول مـن القيـاس على الصـائل وجـواز إتلافه لدفعه، ففيـه حجـة لأصحـاب هـذا القـول، لإن المشـروط في دفـع الصـائل أن يكـون بالوسيلة الأخف ضرراً، فقد جاء في المنهاج ما نصه (ويدفـع الصـائل بـالأخف، فـإن أمكـن بكلام واستغاثة حرم الضرب، أو بضرب بيد حرم سـوط، أو بسـوط حـرم عصـا، أو بقطـع عضو حرم قتل، فإن أمكن هَرَبٌ، فالمذهـب وجوبه)[5]، فإذا كـان إمكـان الهـرب مانعـاً مـن جواز دفع الصائل بإتلافه، فكيف لا يكون إمكان تحصيل الحق بالقضاء مانعاً من إتلاف مال

---

(١) المنهاج مع مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٢ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.
(٢) مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٢، ٤٦٣ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.
(٣) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٩، ٢٩٠.
(٤) المرجع السابق.
(٥) المنهاج مع مغني المحتاج: جـ٤ص١٩٦، ١٩٧ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

المدين الممتنع مع أن التعدي موجود في الصائل بقدر ما هو في الممتنع.

الأدلة:

وقد استدل الشافعية على جواز استيفاء الدين بغير قضاء بما يلي:

١- استدلّوا بما ورد عن رسول اللّه ﷺ أنه أجاز لهند بنت عتبة زوجة أبي سفيان أن تأخذ نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف من مال زوجها بغير إذنه وبغير قضاء الحاكم مع إمكان الرفع إليه، وقد تقدم هذا الحديث بتمامه[١]، وفي هذا ينقل الماوردي في «الحاوي الكبير» عن الإمام الشافعي[٢] ما نصه (قال الشافعي: وإذا كانت هند زوجة أبي سفيان، وكانت القيمة على ولدها بما قرر زوجها، فأذن لها رسول اللّه ﷺ، لما شكته إليه، أن تأخذ من ماله ما يكفيها وولدها بالمعروف، فمثله الرجل يكون له الحق على الرجل، فيمنعه إياه، فله أن يأخذه من ماله حيث وجده، وهذا صحيح..»[٣].

وقد أجابوا على ما ذهب إليه من قصر جواز الأخذ بغير قضاء على ما هو من جنس حق الدائن بأن رسول اللّه ﷺ عندما أجاز لهند أن تأخذ من مال زوجها، لم يخصص لها جواز الأخذ بما هو من الجنس فقط، ونفقة الزوجة والولد من الحقوق المختلفة التي قد يتعذر وجود جنسها في مال الزوج، فدل على جواز أخذها من جنسه وغير جنسه[٤]، بل إن دلالة

---

(١) وسبق تخريجه في ص١١٧.

(٢) هو الإمام محمّد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع المطلبي أبو عبداللّه الشافعي: حفظ القرآن وهو ابن سبع سنين، والموطأ وهوابن عشر سنين، وقال أحمد: إن الشافعي للناس كالشمس للعالم، ولد سنة ١٥٠هـ، وتوفي سنة ٢٠٤هـ- خلاصة التذهيب: ص٢٧٧، ٢٧٨.

(٣) الحاوي الكبير: جـ١٣ق٨٤أ.

(٤) الحاوي الكبير: جـ١٣ ق٨٥أ، أحكام الأحكام لابن دقيق العيد: جـ٤ص١٦٤، وقد قال الخطابي في «معالم السنن» عند شرحه للحديث المذكور (وفيه جواز أن يقضي الرجل حقه من مال عنده لرجل له عليه حق يمنعه منه، وسواء كان ذلك من جنس حقه أو من غير جنس حقه، وذلك لأن معلوماً أن منزل الرجل الشحيح لا يجمع كل ما يحتاج إليه من النفقة والكسوة، وسائر المرافق التي تلزمه، ثم أطلق اذنها في أخذ كفايتها وكفاية اولادها من ماله، ويدل على صحة ذلك قولها في غير هذه الرواية: أن أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يدخل على بيتي ما يكفيني وولدي) -انظر معالم السنن: جـ٣ص١٦٧.

هذا الخبر على جواز الأخذ من غير الجنس ظاهرة، لأن الظاهر أن الزوج، وهو أبو سفيان، ما كان يمنع زوجته من الخبز والأدم وغيرها من المثليات، لأن ذلك قليل وقوعه عادة بين الأزواج، وإنما الأظهر أنه كان يمنعها الكسوة وأمثالها[1].

٢- استدل الماوردي[2] بقول رسول الله ﷺ (أن لصاحب الحق يداً ومقالاً)[3]، واليد هي التسلط أو السلطان، وجاءت في الحديث الشريف شاملة لما هو من جنس الحق، وما هو من غير جنسه، فدل ذلك على جواز الأخذ من الاثنين، بل ورد لفظ «السلطان» صريحاً في رواية ذكرها ابن ماجة[4] عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال: جاء رجل يطلب نبي الله ﷺ بدين أو بحق فتكلم ببعض الكلام، فهم صحابة رسول الله ﷺ به، فقال رسول الله ﷺ (أن صاحب الدين له سلطان على صاحبه حتى يقضيه)[5]، وهذا الحديث صريح في أن الشارع قد جعل لصاحب الحق سلطاناً على المدين، ويدخل في مفهوم السلطان تمكين صاحب الحق من أخذ حقه من مال غريمه سواء أكان هذا المال من جنس الحق أم من غيره، لعدم ورود المخصص أو المقيد، والحديث، وإن ورد في مناسبة معينة، فيه تشريع عام يقضي بذلك، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

---

(١) قال الطوسي في كتاب الخلاف: المجلد الثاني ص٦٤٧.

(٢) انظرك الحاوي الكبير: جـ١٣ق٨٤ب.

(٣) هذا اللفظ ذكره الماوردي في الحاوي: جـ١٣ق٨٤ب، وقد ورد نفس المعنى وبألفاظ قريبة جداً من هذا اللفظ عند ابن عدي في الكامل، والدارقطني في سننه فقد روى ابن عدي بسنده عن أبي عتبة الخولاني قال: قال رسول الله ﷺ (لصاحب الحق اليد واللسان)،ورواه الدراقطني مرسلاً عن مكحول قال: قال رسول الله ﷺ (ان لصاحب الحق اليد واللسان) -انظر: نصب الراية: جـ٤ص١٦٦، وهاتان الروايتان يتضمنان نفس المعنى الذي استدل عليه الماوردي بالرواية المذكورة في المتن، وفي البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: أتى النبي ﷺ رجل يتقاضاه، فأغلظ له، فهم به أصحابه، فقال (دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً)- انظر: صحيح البخاري بحاشية السندي جـ٢ص٣٩.

(٤) هو محمّد بن يزيد بن ماجة القزويني، أحد الأئمة، وصاحب السنن والتفسير، ثقة كبير، مفق عليه في الحديث، محتج به، له معرفة وحفظ، توفي سنة ٢٧٣هـ- خلاصة التذهيب: ص٣١٢.

(٥) سنن ابن ماجة: ص١٧٦ طبع حجر.

٣- واستدل أبو اسحق الشيرازي[١] في المهذب بقول رسول الله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)[٢]، فإن امتناع من عليه الحق عن أدائه باختياره إضرار بصاحبه، وخصوصاً إذا لم يتمكن من أخذه بواسطة القضاء لسبب من الأسباب[٣]، وحتى لو تمكن فإنه يتكلف من المؤنة والمشقة وتضييع الوقت شيئاً كثيراً، خصوصاً إذا تعزز غريمه أو توارى.

أحكام الظفر بالحق وأخذه عند الشافعية:

ذاك هو مذهب الشافعية في استيفاء الحقوق بغير قضاء وفيه -كما يرى- توسعة على أصحاب الحقوق في تحصيل حقوقهم بغير قضاء، ولكنهم احتاطوا لما قد يحصل من التجاوز والاعتداء من قبل من يريد أخذ حقه بغير قضاء، فوضعوا تلك الشروط السابقة، كما جعلوا للأخذ بدون قضاء أحكاماً تتعلق بكيفيته، وبالشيء المأخوذ، والنتائج المترتبة عليه، **وفيما يلي ذكر ذلك:**

أولا: فإنهم وإن أجازوا أخذ الحق من غير جنسه من مال الغريم، إلا أنهم لم يجعلوا ذلك لصاحب الحق إلا إذا كان الأخذ من جنس الحق متعذرا عليه، وقالوا: إن وجد نقداً لغريمة تعين عليه الأخذ منه، وإلا فإن وجد مثل حقه أخذه، وليس له أن يأخذ من غير جنس حقه إلا إذا تعذر عليه الأخذ من النقد أو الجنس[٤].

---

(١) هو إبراهيم بن علي بن يوسف (٣٩٣-٤٧٦هـ): فقيه شافعي وأصولي ومؤرخ وأديب ولد بفيروز أباد وكان شيخاً زاهداً، ألف كتباً نافعة منها المهذب والتنبيه في الفقه واللمع في الأصول -الفتح المبين: جـ١ص٢٥٥.

(٢) الموطأ : ص ٤٦٤ طبعة الشعب، سنن ابن ماجه: جـ٢ ص ٧٨٤، حلية الأولياء: جـ٩ ص ٧٦، سبل السلام: جـ٣ ص ١١٠، وهذا الحديث روي عن عدد من الصحابة هم، عبادة بن الصامت وابن عباس وأبو سعيد الخدري وأبو هريرة وأبو لبابه وثعلبة بن مالك وجابر بن عبدا لله وعائشة ، ورواه عبدالرزاق في مصنفه وأحمد في مسنده والطبراني في معجمه والدارقطني في سننه والحاكم في المستدرك ورواه أبو داود في المراسيل - انظر نصب الراية : جـ ٤ ص ٣٨٤ ، ٣٨٥، ٣٨٦.

(٣) المهذب : جـ ٢ ص ٣١٩.

(٤) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٨، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠.

ثانياً: ثم إذا عرف المال الذي يريد أن يأخذ منه حقه، وجب عليه أن يتبع في ذلك أيسر السبل على غريمه، بحيث لا يلجأ إلى ما فيه إضرار بهذا الغريم في عقاره أو غيره، وقد تقدم أنه لا يجوز له أن يلجأ إلى كسر باب أو نقب جدار ونحو ذلك إذا أمكنه الوصول إلى حقه بغير ذلك.

ثم إذا اتلف صاحب الحق شيئاً من مال المدين، ككسر الباب أو نقب الجدار فهل يكون ضامناً لما أتلف، لا شك أن مقتضى كلامهم أنه إذا لم تتحقق تلك الشروط التي تقدم ذكرها فيجب أن يضمن، وقد صرحوا أنه إذا تحققت تلك الشروط بأن تعين هذا الإتلاف سبيلاً للوصول إلى المال الذي يريد أخذ حقه منه، و لم يكن المال المتلف قد تعلق به حق لازم لغير المدين، و لم يكن مالا لصبي أو مجنون، فإنه لا يضمن شيئاً مما أتلف[1].

ومن ناحية أخرى صرحوا بأنه ليس لصاحب الحق أن يأخذ من مال الغريم أكثر من قدر حقه، وإنما ينبغي أن يقتصر على قدر حقه إن أمكن، فإن كان لا بد من أخذ مال يزيد عن حقه، بأن تعذر عليه اخذ ما يساوي حقه، فله ذلك، ويبيع قدر حقه من المأخوذ إن كان مما يتجزأ، وإلا باعه جميعه، وأخذ من ثمنه ما يكفي لابتياع ما هو قدر حقه، وأما الباقي من الثمن فيرده إلى صاحب المال المأخوذ بصورة هبة ونحوها، ولكن هل يكون الآخذ ضامناً للزيادة؟ ذهبوا إلى أنه إن كان معذوراً في أخذ هذه الزيادة، بأن تعين عليه أخذها، من أجل تحصيل مثل حقه، فإنه لا يكون ضامناً لها، وذكر الإمام الغزالي قولا أنه يضمنها، والمعتمد هو القول الأول[2]، غير أنه إن لم يكن معذورا في أخذ ما يزيد عن حقه من مال المدين، فإنه يكون ضامناً لهذه الزيادة[3].

---

(١) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي للغزالي: جـ٢ص٢٦٠، شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٥، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٩، ٢٩٠، حاشية الباجوري جـ٢ص٤٠٠.

(٢) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي: جـ٢ص٢٦٠، شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ ص٣٣٥، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩١،حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠.

(٣) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩١.

حكم الاستعانة بالوالي لتحصيل الحق:

ونذكر في هذا المقام مسألة تتعلق بهذا الأمر وهي: إن من كان له حق على إنسان، فهل يجوز له أن يستعين بالوالي والقاضي على تحصيل حقه بوسائل السلطة التي لديهما من غير أن يكون معه حجة شرعية؟.

ذكر هذه المسألة الشيخ العز بن عبدالسلام في «قواعد الأحكام»، وصرح في حكمها أنه ينبغي أن ينظر إلى الحق المستعان عليه، وجعله ثلاث رتب فقال: (أحدها: أن يكون الحق جارية استحل غاصبها بعضها، فلا أرى بأساً بالاستعانة بالوالي والقاضي، وإن عصيا -أي بسبب أخذهما الحق بغير حجة شرعية- بل ذلك واجب عند القدرة عليه؛ لأن مفسدة معصية الوالي والقاضي دون مفسدة الغصب والزنا وكذلك لو غصب إنسان على زوجته، فاستعان على تخليصها بالوالي والقاضي، فلا إثم عليه مع كون الوالي والقاضي عاصيين، لأن مفسدة بقائها مع من يزني بها أعظم من مفسدة مساعدة الوالي والقاضي بغير حجة شرعية، وكذلك لو استعان بالآحاد -غير القضاة والولاة- وأعانوه بمجرد دعواه، فإنهم يأثمون بذلك، ولا يأثم المستعين بهم؛ لأن مفسدة مخالفتهم الشرع في مثل هذا دون المفسدتين المذكورتين. الرتبة الثانية: إذا استعان بالولاة والقضاة أو بالآحاد على رد المغصوب من غاصبه، أو المجحود من جاحده، فأعانوه على تخليص ذلك من غير حجة شرعية .. فإنهم يأثمون على إعانته بغير حجة شرعية، ولا إثم عليه في ذلك؛ لأن مفسدة بقاء ذلك بيد الغاصب والجاحد أعظم من مفسدة عصيانهم، لأن الذي صدر منهم مجرد معصية لا مفسدة فيها، والذي صدر من الغاصب والجاحد عصيان مع تحقق المفسدة، وقد يجوز إجابة العاصي على معصيته، لا من جهة كونها معصية، بل لما تضمنته الإعانة من المصلحة .. الرتبة الثالثة: أن يكون حقيراً ككسرة أو تمرة، فهذا لا تجوز الاستعانة على تخليصه بغير شرعية)[1].

---

(١) قواعد الأحكام: جـ٢ ص٤١، ٤٢.

والحاصل -كما هو واضح مما تقدم- أن الفيصل في معرفة ما يجوز اتخاذه وما لا يجوز من الوسائل الموصلة إلى الحق إنما هو النظر إلى المفسدتين: مفسدة ترك الحق ومفسدة استعمال تلك الوسيلة، فإن كانت الأولى أعظم كانت تلك الوسيلة مباحاً استعمالها لصاحب الحق، وإلا فلا.

ثالثاً: ثم إذا أخذ صاحب الحق مال غريمه، فهل يتملكه بمجرد أخذه؟.

لقد اختلف الجواب عند فقهاء الشافعية بين ما إذا كان المال المأخوذ من جنس الحق الواجب، وبين ما إذا كان من غير جنسه:

١- فإن كان الأول: فقد ذهب جماعة منهم إلى أن الآخذ يتملكه بمجرد الأخذ بشرط أن يأخذه بنية الظفر لا بنية أخرى، كما لو نوى ارتهانه إلى أن يحصل على حقه وقد استدلوا بأن الشارع قد إذن له في قبضه، فكان كإقباض الحاكم له[1].

وذهب آخرون إلى أنه لا يتملكه بمجرد أخذه:

وقد جمع صاحب «تحفة المحتاج» بين القولين السابقين بحمل الرأي الأول على ما إذا أخذ من مال غريمه مما هو من جنس حقه إذا كان بصفته من حيث الصحة والتكسر والجودة والرداءة وغير ذلك من الأوصاف، وبحمل مذهب الآخرين على الأخذ من جنس الحق إذا لم يكن من صفته، وذلك كأن يكون له دراهم مكسرة، فظفر من مال غريمه بدراهم صحاح، فلا يتملكها بأخذها، وإنما يجب عليه أن يبيعها بدنانير ليشتري بها الدراهم المكسرة، فيتملكها بمجرد الشراء[2].

٢- وإن كان الثاني: فقد ذهبوا إلى أن آخذه لا يتملكه بالأخذ، وإنما يجب عليه أن يبيعه

---

(١) المنهاج وشرح المحلي وحاشيةقليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ ص٣٣٥، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٩، ٢٩٠، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٣، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، حاشية الباجوري: جـ ٢ص٤٠٠.
(٢) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٠.

لغيره[1]، ثم يشتري بثمنه جنس حقه بشرط أن يكون بصفته أيضاً، وعندئذ يتملكه بمجرد الشراء[2]، وذكر الإمام الغزالي قولاً آخر يجيز للآخذ أن يتملك من العين المأخوذة بقدر حقه[3].

رابعا: ثم اختلفوا بعد ذلك: هل يجوز له أن يبيعه بنفسه أم لابد من رفع الأمر إلى القاضي ليتولى عملية البيع، ثم يعطيه حقه من الثمن؟ هناك قولان عند الشافعية في هذه المسألة[4]:

١- فأما الذين قالوا بوجوب الرفع إلى القاضي ليبيعه فقد احتجوا بأن الآخذ غير أهل للتصرف في مال غيره بنفسه[5].

٢- وأما الآخرون الذين قالوا بجواز تولي الآخذ للبيع بنفسه من أجل تحصيل جنس حقه، فاحتجوا بأن في الرفع إلى الحاكم مؤنة ومشقة وتضييع وقت، وخصوصاً إذا لم تكن له بينة[6].

وذكر صاحب «مغني المحتاج» أن الخلاف المتقدم محله إذا لم يطلع القاضي على الحال فإن اطلع عليه لم يجز البيع إلا بإذنه، وكذلك محله إذا لم يكن مع الآخذ بينة، فإن وجدت فليس له أن يستقل بالبيع[7].

---

(١) ولا يجوز له أن يبيعه لنفسه ولا لمحجوره، لامتناع تولي الطرفين، فإنه لا يجوز في غير الأب والجد –تحفة المحتاج جـ١٠ص٢٩٠، مغني المحتاج جـ٤ص٢٦٣، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ،كما لا يجوز لتوجه التهمة عليه أيضاً – تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٠.

(٢) شرح المحلي على المنهاج: جـ٤ص٣٣٥، المهذب: جـ٢ص٣١٩، تحفة المحتاج:جـ١٠ص٢٩٠، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠.

(٣) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي: جـ٢ص٢٦٠.

(٤) انظر:الوجيز للغزالي: جـ٢ص٢٦٠، المهذب: جـ٢ ص٣١٩، تحفة المحتاج جـ١٠ص٢٩٠، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠.

(٥) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٠.

(٦) حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠.

(٧) مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٣، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

هذا وقد ذكر العز بن عبدالسلام تحليلاً فقهياً للعملية التي يقوم بها صاحب الحق من أخذ مال الغريم وبيعه فقال: (إذا ظفر الإنسان بجنس حقه بمال من ظلمه، فإنه يستقل بأخذه، فإن الشارع أقامه مقام القابض والمقبض لمسيس الحاجة، ولو كان بغير جنس حقه جاز له أخذه وبيعه، ثم استيفاء حقه من ثمنه، فقد قام في قبضه مقام قابض ومقبض وقام في بيعه مقام وكيل وموكل، وقام في أخذ حقه مقام قابض ومقبض، فهذه ثلاث تصرفات أقامه الشرع في كل واحدة مقام اثنين)[1].

خامساً: ثم إذا أخذ صاحب الحق شيئاً من مال الغريم، فهل يكون ضامناً له بعد الأخذ وقبل التملك، بحيث إذا تلف ضمنه وسقط من دينه بقدر ما تلف؟

ذهبوا إلى أنه ينظر إلى المال المأخوذ: فإن كان من جنس الحق، فإنه ينبغي أن يتلف على ضمان الآخذ عند الذين يقولون بأنه يتملكه بمجرد الأخذ[2]، وأما الذين لا يقولون بذلك فيجري عليه الخلاف الذي سنذكره بالنسبة للمأخوذ من غير جنس الحق، وأما إن كان المأخوذ من غير جنس الحق، فتلف قبل بيعه أو تملكه، **فإن للشافعية في تحديد المسئول عن هذا التلف قولين:**

الأول: إن المأخوذ يكون مضموناً على الآخذ، فإن تلف في يده قبل بيعه أو تملكه سقط من دينه الذي له على مالك المال الهالك بمقدار ما تلف[3]، وقد ذهب النووي في «المنهاج» إلى ترجيح هذا القول[4]، وينبني على هذا القول أن الدائن لو أخذ مالا من غير جنس حقه، فلم يبادر إلى بيعه حتى نقصت قيمته فهو محسوب عليه[5]، واستدل أصحاب هذا القول بأن

---

(١) قواعد الأحكام: جـ٢ص١٧٦.

(٢) مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٣، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٣) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي: جـ٢ص٢٦٠، المهذب: جـ٢ص٣١٩، المنهاج وشرح المحلي: جـ٤ص٣٣٥، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص٢٩٠، ٢٩١، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٣ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٤) المنهاج مع مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٣ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٥) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي: جـ٢ص٢٦٠، المنهاج وشرح المحلي: جـ٤ص٣٣٥، المهذب:

=

الدائن أخذ مال المدين بغير إذنه، ولمصلحة نفسه، فيكون ضامناً[1] وقاسوه على المضطر الذي يأخذ ثوب غيره -مثلاً- لدفع الحر عن نفسه، فيتلف في يده فيضمن، فكذا هنا[2].

الثاني: إن الآخذ يكون ضامناً: وإنما يهلك على حساب صاحب الملك[3].

واستدلوا على ذلك بأن العين المأخوذة محبوسة لدى الآخذ من أجل استيفاء حقه، فأشبهت الرهن بذلك، فيكون هلاكها من ضمان المالك لا الآخذ[4]؛ لأن الرهن يهلك على حساب المالك لا على حساب المرتهن عند الشافعية[5].

وقد أجاب أصحاب القول الأول عن هذا القياس بأنه قياس مع الفارق، من حيث أن صاحب الحق أخذ مال المدين بغير إذنه، فيتلف المأخوذ على حسابه، بخلاف المرتهن، فإنه يأخذه بإذن الراهن، فيتلف الرهن على حسابه[6].

هذا وإن محل الخلاف المذكور إذا تلف المأخوذ قبل التمكن من البيع، فإن تمكن منه فلم يفعل ضمن قطعاً[7].

جـ٢ص٣١٩، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص٢٩٠، ٢٩١، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٣ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(١) المهذب: جـ٢ص٣١٩، شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٥، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٠، مغني المحتاج: جـ٤ص٢٦٣ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٢) مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٣ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٣) المهذب: جـ٢ص٣١٩، شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٥، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٠، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٣ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٤) المهذب: جـ٢ص٣١٩.

(٥) انظر: المنهاج وشرحه مغني المحتاج: جـ٤ص١٣٦، ١٣٧، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٦) المهذب: جـ٢ص٣١٩.

(٧) مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٣، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

سادساً: وأخيراً تعرض علماء الشافعية لذكر حكم مسألتين **تتعلقان بهذا الموضوع وهما**:

الأولى: أخذ الحق من مال مدين المدين بغير قضاء:

وصورة المسألة أن يكون لزيد -مثلاً- دين على عمرو، ولعمرو دين مثله على بكر، فهل يجوز لزيد أن يأخذ من مال بكر ما يستوفي منه دينه الذي له على عمرو؟

ذهبوا إلى أنه يجوز له ذلك بشروط[1]:

١- أن لا يظفر من مال المدين بما يستوفي منه حقه[2]، والظاهر أنه يلحق بعدم الظفر الفعلي بمال المدين عدم تحقق الشروط التي بوجودها يجوز للمستحق أن يأخذ من مال المدين ما يستوفي به حقه، وذلك كأن يغلب على ظنه أنه إن أخذ من مال المدين نشبت فتنة أو مفسدة عظيمة، بينما إن أخذ من مال مدين مدينه لم يحدث مثل ذلك فينبغي أن يجوز له في مثل هذه الحالة أن يأخذ من مال مدين مدينه إذا تحققت الشروط الأخرى لذلك.

٢- أن يكون المدين ومدينه جاحدين للدين أو ممتنعين عن وفائه أو مماطلين[3].

فلو كان أحدهما باذلاً للحق فليس له أن يأخذ من مال مدين المدين، ثم إن كان الباذل منهما هو المدين الأول لم يجز لصاحب الحق أن يأخذ من مال أي منهما، وأما إن كان الباذل هو مدين المدين، وكان المدين ممتنعاً، فالظاهر أنه يجوز له الأخذ من مال المدين بغير قضاء، وإن لم يجز الأخذ من مدين المدين، وذلك لأن حقه متوجه في الأصل إلى ذمة المدين الممتنع. وقد يكون مشقة ومؤنة في أخذ حقه من مدين المدين، وإن كان هذا غير ممتنع عن

---

(١) المنهاج مع مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني: جـ١٠ص٣٩١، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠.

(٢) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني: جـ١٠ص٢٩١، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠٠.

(٣) المراجع السابقة.

البذل له، وقد يستأنس لهذا الرأي بأن جمهور فقهاء الشافعية ذهبوا إلى أن صاحب الحق لا يجب عليه اللجوء إلى القضاء، وإن كان معه بينة بحقه، فكذلك يمكن أن يقال: لا يجب عليه اللجوء إلى مدين المدين الباذل قبل الأخذ من مال المدين الممتنع بغير إذنه وبغير قضاء، ثم إن الدائن غير ملزم بأن يطلب دينه من غير مدينه، اللهم إلا إذا كان هناك عقد حوالة بين الدائن والمدين ومدين المدين.

٣- أن يعلم الآخذ المدين أنه أخذ من مدينه مقدار حقه، حتى إذا طالب المدين مدينه كان هو الظالم في ذلك[١].

٤- واشترطوا أيضاً على صاحب الحق أن يعلم مدين المدين بما أخذه من ماله سداداً لحقه الذي له على المدين إذا كان يخشى منه أن يأخذ من مال المدين الثاني ظلماً، وأما إن غلب على ظنه أنه لا يفعل ذلك، فلا يشترط هذا الشرط[٢].

الثانية: وهي أنه لو كان اثنان لكل واحد منهما دين على الآخر، وجحد أحدهما، فهل للآخر أن يجحد قدر دينه؟

ذهبوا إلى أنه يجوز ذلك، ويكون من قبيل التقاص بينهما فيما جحداه وإن لم تتحقق في الدينين شروط التقاص، بأن اختلفا في الجنس مثلاً، وعللوا ذلك بالضرورة[٣].

مذهب الشيعة الإمامية:

وذهب علماء الشيعة الإمامية في هذه المسألة مذهباً يشبه إلى حد بعيد ما تقدم من مذهب الشافعية، مع اختلاف بسيط في بعض الجزئيات وفي الاستدلال.

---

(١) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني: جـ١٠ص٢٩١، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.
(٢) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩١، ٢٩٢.
(٣) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٢، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، حاشة قليوبي على شرح المحلي للمنهاج: جـ٤ص٣٣٦.

فالأصل عندهم جواز تحصيل الحق من مال المدين بغير قضاء من الجنس وغيره إذا كان المدين ممتنعاً عن الأداء، والمعتمد من الشروط عندهم في هذه المسألة يشبه إلى حد بعيد ما تقدم ذكره في المذهب الشافعي[١]. **إلا أنهم اختلفوا في جواز استيفاء الحق من الوديعة على قولين:**

الأول: عدم جواز ذلك، واستدل أصحاب هذه القول بما تقدم من قول رسول اللّه ﷺ (أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك)[٢]، ففي إجازة الأخذ من الوديعة ترك لهذا الخبر الذي يحرم خيانة الخائن، كما استدلوا بأخبار واردة عن أئمتهم وأصحابهم[٣].

الثاني: وهو جواز أخذ الحق من الوديعة بغير قضاء، وقد نقل هذا الرأي صاحب جواهر الكلام وانتصر له[٤]، وأشار إليه صاحب الشرائع أيضاً[٥]. واستدل أصحاب هذا القول بعموم الأخبار الواردة عن أئمتهم وأصحابهم في جواز استيفاء الحق من مال المدين من غير تمييز بين وديعة وغيرها[٦]، وقد حملوا قول رسول اللّه ﷺ (أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك) على الكراهة أو النصيحة[٧].

الأدلة:

وقد استدلوا على أصلهم في جواز الأخذ بغير قضاء بما يلي:

١- بعموم النصوص الدالة على الإذن بالاقتصاص كقوله تعالى: ﴿وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ

---

(١) انظر في ذلك: شرائع الإسلام: جـ٢ص٢٢٣، وجواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٤، وكتاب الخلاف للطوسي: المجلد الثاني ص٦٤٦، ٦٤٧، وكتاب القضاء- ضياء الدين العراقي ص١١١-١١٢.
(٢) تقدم تخريجه في ص ١٢٣.
(٣) شرائع الإسلام: جـ٢ص٢٢٣، جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٤.
(٤) جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٤.
(٥) شرائع الإسلام: جـ٢ص٢٢٣.
(٦) جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٤،كتاب القضاء، ضياء الدين العراقي: ص١١٣.
(٧) جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٤.

﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٤]، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾ [النحل:١٢٦].

٢- وبقول رسول الله ﷺ: «ليُّ الواجد يحل عقوبته وعرضه»[1]، فإن الليَّ نوع من الجحود، فإن صدر من المدين كان لصاحب الحق أن يعاقبه بأخذ ماله بغير إذنه ليستوفي منه حقه[2].

٣- واستدلوا أيضاً بما استدل به المالكية والشافعية من قول رسول الله ﷺ لهند زوجة أبي سفيان (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[3].

٤- وعضدوا تلك الأدلة بعموم النصوص التي توجب نفي الضرر والضرار والحرج ونحو ذلك[4].

٥- واستدلوا أيضاً بأخبار واردة عن أئمتهم[5].

هذا ويجدر بالذكر أن الإمامية يجيزون أخذ الحق بغير قضاء قبل أن يعرض الأمر على القاضي، فإنه إذا كان لشخص على آخر دين، فآثر اللجوء إلى القضاء، فحكم القاضي بضد حقه بناء على مقتضى البينات الظاهرة، وإن لم يكن الحكم حقاً في الواقع ونفس الأمر فليس له بعد ذلك، إذا ظفر بمال غريمه، أن يأخذه ليستوفي منه حقه، وعللوا ذلك بأنه بعد القضاء أصبح لا حق له عليه في الدنيا، واستثنوا من ذلك ما لو كذّب المدين المحكوم له نفسه،

---

(١) هذا الحديث علقه البخاري – انظر صحيح البخاري بحاشية السندي: جـ٢ص٣٩ ورواه عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن رسول الله ﷺ أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجة والحاكم والبيهقي وابن حبان– انظر: التلخيص الحبير: جـ٣ص٣٩، وهو في سنن ابن ماجة: ص١٧٧ طبع حجر.

(٢) جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٤.

(٣) جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٤، الخلاف للطوسي: المجلد الثاني ص٦٤٧، والحديث سبق تخريجه في ص١٢٧.

(٤) جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٤.

(٥) انظر هذه الأخبار في كتاب القضاء–ضياء الدين العراقي: ص١١٣.

فيجوز عندئذ أخذ ماله[1].

هذا ومما قالوه[2] في هذا المقام: أنه إذا كان لرجل على آخر مال فجحده المدين، فاستحلفه فحلف، فليس لصاحب الحق أن يأخذ مال الغريم بعد ذلك إذا ظفر به، حتى ولو كان الحالف كاذباً في يمينه[3].

مذهب الظاهرية:

وذهب ابن حزم الظاهري إلى أنه يجب على من كان له حق على آخر ممتنع عن بذله، وظفر له بمال أن يستوفي حقه من هذا المال الذي ظفر به، وإذا لم يفعل ذلك كان عاصياً آثماً، وسواء في ذلك من كان معه بينة بحقه ومن لم يكن، وسواء في ذلك أن يكون المال الذي ظفر به من جنس حقه أو من غير جنسه، وسواء أيضاً كان الأمر قد عرض على القضاء أو لم يكن، ثم إذا طولب بما أخذ وخاف إن أقر أن يغرم، فإن له أن ينكر ما أخذه

---

(١) جواهر الكلام: جـ٦ص٣٤١.

(٢) انظر المرجع السابق.

(٣) ذاك هو رأي الإمامية: فقد تبين أنهم يفرقون -بالنسبة لجواز استيفاء الحقوق بغير قضاء- بين حالتين: الأولى: أن لا يكون صاحب الحق قد طالب بحقه عن طريق القضاء، والثانية: أن يكون قد فعل ذلك فقضِيَ بضد حقه،وتقدم في المتن أنه يجوز له عندهم في الحالة الأولى دون الثانية أخذ قدرحقه من مال غريمه بغير رفع إلى الحاكم.

واما حكم هذه المسألة في المذاهب الأربعة: فإنه لا يشك في أن الحنابلة لا يجيزون- بناء على الرواية المشهورة عندهم- أخذ الحق من مال الغريم بغير رضاه بعد القضاء بضده، لأنهم لا يجيزون ذلك قبل القضاء بضده كما سيأتي في المتن، فبعده يكون المنع من طريق أولى.

وأما الآخرون: فمع أنني لم أجد فيما اطلعت عليه رأيهم في حكم هذه المسألة بصراحة، إلا أن مقتضى ما ذهبوا إليه هو أن كل حق ثابت يجوز استيفاؤه بغير قضاء بالشروط التي اشترطها كل مذهب على حدة، وبالنسبة لهذه المسألة يرجع إلى الخلاف في أن الحق هل يظل ثابتا في الباطن لصاحبه بعد القضاء بضده بناءً على مقتضى البينات الظاهرة: فمن ذهب من الفقهاء إلى أنه يظل ثابتاً لصاحبه لزم أن يجيز له أن يستوفيه من مال غريمه بغير قضاء جديد، وبالشروط التي اشترطها لجواز ذلك،ومن ذهب منهم إلى حكم القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً، بحيث إن قضى بضد حق سقط هذا الحق في الظاهر والباطن، فإنه يلزم اصحاب هذا القول أن يمنعوا صاحب الحق من أخذ مال غريمه بعد القضاء بضد حقه. وقضية الخلاف المتقدمة مذكورة بالتفصيل في خاتمة هذه الرسالة مع بيان أدلة كل من الفريقين.

وله إذا حُلِّف أن يحلف، وهو مأجور في كل ذلك.

من هذا يظهر أن ابن حزم لم يقف عند مجرد الجواز الذي ذهب إليه غيره وإنما جعل تخليص الحق من الغريم أمراً واجباً على صاحبه، حتى إذا قصر فيه كان آثماً عند الله تعالى، اللهم إلا إذا ابرأ غريمه وحلله من الحق، فيكون مأجوراً في ذلك.

الأدلة:

وقد ساق ابن حزم أدلة من الكتاب والسنة على أصل جواز أخذ الحق بغير قضاء وأخرى على وجوب ذلك وعصيان تاركه:

أولا: فأما أدلته على أصل الجواز فهي:

١- استدل بظاهر الآيات الكريمة الدالة على الإذن بالاقتصاص، وذكر منها:

أ- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل:١٢٦].

ب- وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ * وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لاَ يُحِبُّ الظَّالِمِينَ * وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ * إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُولئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [الشورى: ٣٩-٤٢]؛ فإن هذه الآيات الكريمة تصرح بعدم مؤاخذة من انتصر على الظالم، ومن أخذ حقه من مال من جحده هو من هذا القبيل، فلا إثم عليه في ذلك.

جـ- وكذلك قوله تعالى: ﴿إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُواْ وَعَمِلُواْ الصَّالِحَاتِ وَذَكَرُواْ اللَّهَ كَثِيراً وَانتَصَرُواْ مِن بَعْدِ مَا ظُلِمُواْ وَسَيَعْلَمُ الَّذِينَ ظَلَمُواْ أَيَّ مُنقَلَبٍ يَنقَلِبُونَ﴾ [الشعراء:٢٢٧].

د- وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٤].

٢- واستدل بما تقدم من قضية هند وقول رسول الله ﷺ (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[١].

٣- وبما رواه عقبة بن عامر الجهني قال: قلنا يا رسول الله، إنك تبعثنا فننزل بقوم فلا يقروننا فما ترى؟ فقال لنا رسول الله ﷺ (إن نزلتم بقوم فأمروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا، فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم)[٢]. فقد أجاز لهم رسول الله ﷺ أن يأخذوا حقهم في الضيافة بأنفسهم، فيتعدى ذلك إلى كل حق يترتب على إنسان فيمنعه عن صاحبه.

ثانياً: وأما أدلته على أن من لم يأخذ حقه إذا قدر عليه كان عاصياً لله تعالى فهي:

١- قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُواْ اللّهَ إِنَّ اللّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [المائدة:٢]؛ فإن من ظفر بحقه الذي ظلم فيه ومنع منه، فلم يزله عن يد الظالم فلا يكون قد أعان البر والتقوى، وإنما على الإثم والعدوان.

٢- قول رسول الله ﷺ (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان)[٣]، فمن قدر على كف الظلم وقطعه بأخذ الحق من الظالم ولم يفعل، فقد قدر على إنكار المنكر ولم يفعل فيكون عاصياً لله عز وجل ومخالفاً أمر رسول الله ﷺ[٤].

---

(١) انظر تخريجه في ص١٢٧.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٢ص٣٢، وقد ورد عن المقدام بن معدي كرب أبي كريمة أنه قال: قال رسول الله ﷺ (أيما مسلم ضاف قوماً فأصبح الضيف محروماً فإن على كل مسلم نصره حتى يأخذ له بقرى ليلته من زرعه وماله)- انظر سنن الدارمي: جـ٢ص٢٥، وروى أبو داود عن أبي كريمة أيضاً أنه قال: قال رسول الله ﷺ (ليلة الضيف حق على كل مسلم، فمن أصبح بفنائه فهو عليه دين إن شاء اقتضى وإن شاء ترك) انظر سنن أبي داود مع معالم السنن: ٤ ص٢٣٨.

(٣) ورد هذا الحديث عن أبي سعيد الخدري: ورواه مسلم- أنظر: صحيح مسلم بشرح النووي: جـ٢ص٢٢ وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة- انظر: الفتح الكبير: جـ٣ص١٩٢، وأبو نعيم- انظر: حلية الأولياء: جـ١٠ص٢٨.

(٤) انظر كل ما تقدم من مذهب ابن حزم في مسألة الظفر وأدلته في المحلى: جـ٨ص١٨٠، ١٨١، ١٨٢.

٣- واستدل له -كما ذكر في سبل السلام- بقول رسول الله ﷺ (انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً)[١]، فإن الأمر ظاهر في الإيجاب، ونصر الظالم يكون بإخراجه عن الظلم، وذلك بإزالة يده عما ظلم فيه، وإرجاع الحق إلى أهله[٢].

الفريق الثاني: المانعون:

والذين منعوا الأفراد من تحصيل حقوقهم بأنفسهم بغير قضاء هم علماء الحنابلة في المشهور من مذهبهم، وقد جعلوا هذا الأصل عاماً سواء أكان المدين باذلا للحق أم ممتنعاً، وسواء أكان لصاحب الحق بينة أم لم يكن، وسواء كان قادراً على تحصيل حقه بواسطة القضاء أم لم يكن، وسواء كان المال المراد أخذه من جنس الحق أم كان من غير جنسه[٣].

غير أنهم استثنوا من هذا الأصل بعض المسائل المحددة وهي:

١- النفقة الواجبة على الزوج أو القريب: فيباح للمرأة أن تأخذ من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف من غير قضاء، وإنما استثنوا هذه المسألة لما تقدم من حديث هند زوجة أبي سفيان، حيث أباح لها رسول الله ﷺ أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها ويكفي بنيها بالمعروف من غير قضاء، ثم عمموا على ذلك كل نفقة، فأجازوا لمستحقها تحصيلها من مال من وجبت عليه، ولأن الحق في النفقة واجب في كل لحظة، فلو اشترط لتحصيله الرفع إلى القضاء لاحتاج إلى ذلك في كل وقت، وفي ذلك مشقة وحرج وأضرار، والله سبحانه رفع كل ذلك عن الناس[٤].

---

(١) سبق تخريجه في ص١٢٦.

(٢) سبل السلام: ج٣ص٨٩، ٩٠ طبع صبيح.

(٣) المغني: ج٩ص٣٢٥-٣٢٨، كشاف القناع: ج٤ص٢١١، غاية المنتهى: ج٣ص٤٦٣، المحرر في الفقه: ج٢ص٢١١.

(٤) المغني: ج٩ص٣٢٧، القواعد لابن رجب: ص٣١، ٣٢، كشاف القناع: ج٤ص٢١١، غاية المنتهى: ج٣ص٤٦٣.

٢- الضيافة الواجبة للضيف إذا منعها من وجبت عليه[1]، لما تقدم من حديث عقبة بن عامر أنه قال: قلنا: يا رسول اللّه، إنك تبعثنا فننزل بقوم فلا يقروننا فما ترى؟ فقال لنا رسول اللّه ﷺ (إن نزلتم بقوم فأمروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا، فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم)[2]، فالظاهر من قول رسول اللّه ﷺ «خذوا» أنه أجاز لهم أن يفعلوا ذلك بأنفسهم، فيأخذوا قراهم بغير حاكم.

وهناك رواية أخرى عند الحنابلة مقتضاها أنه لا يجوز للضيف أن يأخذ قراه إلا بعلم من نزل عندهم[3].

٣- الطعام الذي يضطر إليه غير صاحبه، فإنه يلزمه بذله، فإن أبى فللمضطر أخذه قهراً، ولا يشترط إذن صاحبه ولا إذن القاضي، وإنما سقط اعتبار الإذن في هذه الصورة، لأن اعتباره يؤدي إلى الحرج والمشقة، وربما أدى إلى فوات الحق[4].

٤- النفقة التي ينفقها المرتهن على الدابة المرهونة، فقد روي عن الإمام أحمد انه أجاز للمرتهن أن يركبها ويحلبها بقدر ما ينفق عليها[5].

ويجدر بالذكر أن بعض علماء الحنابلة يرجعون تلك الاستثناءات إلى أصل عام وهو: أنه

---

(١) القواعد لابن رجب: ص٣١، ٣٢، كشاف القناع: جـ ٤ص٢١١، غاية المنتهى جـ ٣ص٤٦٣ القواعد والفوائد الأصولية: ص٣٠٩.

(٢) انظر تخريجه في ص ١٤٧، هذا وقد حمل هذا الحديث على إيجاب الضيافة الإمام أحمد، والليث بن سعد، وابن حزم الظاهري- انظر شرح النووي على صحيح مسلم: جـ١٢ص٣٢، والمحلى: جـ١٠ص١٧١، ١٧٣، ولم يقل جمهور الفقهاء بفرضيتها، وتأولوا الحديث المذكور على أوجه منها: أنه محمول على المضطرين، فإن ضيافتهم واجبة، فإذا لم يضيفوهم فلهم أن يأخذوا حاجتهم من مال الممتنعين، ومنها: أن المراد أن لهم أن يأخذوا من أعراضهم بالسنتهم ويذكروا للناس لؤمهم وبخلهم،وعلى أية حال فإن الجمهور يقولون بأنها من السنة، للحديث المذكور -انظر شرح النووي على صحيح مسلم:جـ١٢ص٣٠، ٣٢.

(٣) القواعد لابن رجب: ص٣١، ٣٢.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المغني لابن قدامة: جـ ٩ص٣٢٦، ٣٢٧، كشاف القناع: جـ٤ص٢١١.

يجوز استيفاء الحق من مال الغريم إذا كان ثم سبب ظاهر يحال الأخذ عليه، ولا يجوز إذا كان السبب خفياً، وذلك لأن السبب إذا ظهر لم ينسب آخذه إلى خيانة، بل يحال أخذه على السبب الظاهر، بخلاف ما إذا خفي فإنه ينسب بالأخذ إلى الخيانة[1] وهذا يقتضي أن تكون تلك الاستثناءات مجرد أمثلة متفرعة على هذا الأصل الذي ذكروه وأن يلحق بها كل حالة تتحقق فيها تلك العلة، ولكن كثيراً منهم - حتى الذين فرعوا تلك الاستثناءات على ذلك الأصل- يذكرونها على سبيل التحديد ولا يزيدون عليها[2].

هذا وقد ذهب بعضهم إلى عكس مقتضى ذلك الأصل فقالوا: إذا ظهر السبب لم يجز الأخذ من مال الغريم بغير إذنه، لإمكان وجود البينة في هذه الحالة بخلاف ما إذا خفي، فإنه يتعذر وصول حقه إليه حينئذ بدون الأخذ[3].

وهناك قول آخر عند الحنابلة يجيز لصاحب الحق أن يأخذ من مال غريمه قدر حقه فإن قدر على جنس حقه أخذ منه بقدره، وليس له أن يأخذ من غير جنس حقه مع قدرته على الجنس، فإن لم يظفر بجنس حقه، وإنما بغير جنسه، تحرى واجتهد في تقويمه، وأخذ من مال غريمه ما يغلب على ظنه أن يكفي لوفاء حقه، ولكن أصحاب هذا القول اشترطوا لجواز أخذ الحق من مال المدين بغير قضاء أن يكون تحصيله بواسطة القضاء متعذراً، وأن يكون الدين حالاً والمدين غير معسر، وقد أخذوه مما ورد عن الإمام أحمد بخصوص نفقة الزوجة ونفقة الرهن، غير أن المشهور عندهم هو القول الأول، لأن الإمام أحمد نص على الفرق بين نفقة الزوجة وغيرها من الحقوق بما سيأتي ذكره بعد قليل، فلا يصح التخريج المذكور[4].

وهناك رواية أخرى عن الإمام أحمد مقتضاها التفريق بين الأمانات، كالودائع ونحوها،

---

(١) القواعد لابن رجب: ص١٧، القواعد والفوائد الأصولية: ص٣٠٩.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: جـ٩ص٣٢٧، والقواعد لابن رجب: ص٣١، ٣٢ وكشاف القناع جـ٤ص٢١١، وغاية المنتهى: جـ٣ص٤٦٣، والقواعد والفوائد الأصولية: ص٣٠٩.

(٣) القواعد والفوائد الأصولية:ص٣٠٩.

(٤) المغني لابن قدامة: جـ٩ص٣٢٦، ٣٢٧، كشاف القناع، جـ٤ص٢١١، القواعد والفوائد الأصولية: ص٣٠٩.

وغير الأمانات: فحرم الأخذ من الأولى، وكرهه من الثانية[1].

وبناء على الرأي المشهور إذا أخذ صاحب الحق شيئاً من مال المدين وجب عليه رده إن كان باقيا سواء أكان من جنس أم من غير جنسه، فإن كان تالفاً وجب عليه مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان متقوماً، فإذا تحققت شروط التقاص بين الدينين تقاصّا وتساقطا[2].

الأدلة:

وقد استدل الحنابلة على المشهور من مذهبهم بما يلي:

١- بقول رسول اللّه ﷺ (أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك)[3] فإذا أخذ المستحق مال غريمه بغير إذنه فقد خانه، وكان مرتكباً لما نهى عنه رسول اللّه ﷺ[4].

وقد روي أن الإمام أحمد استدل بهذا الحديث على هذه المسألة[5]، فإن صح ذلك عنه كان هذا مخالفاً لما روي عنه أنه قال بعدم ثبوته، والواقع أن هناك روايتين عن الإمام أحمد بخصوص هذا الحديث: إحداهما أنه ثابت عنده، واستدل لها باستدلال الإمام به في هذه المسألة، والثانية: أنه غير ثابت، فقد روي عنه انه قال: هذا حديث باطل لا أعرفه من وجه يصح[6]. والأقرب أن الإمام أحمد يقول بثبوت هذا الحديث لسببين: الأول: أن هذا الحديث هو أهم دليل له لما اشتهر من مذهبه في مسألة الظفر، والثاني: أنه صح عنه أنه قال في أحد رواة هذا الحديث من إحدى طرقه وهو المبارك بن فضالة[7] قال: ما روى المبارك عن

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية: ص٣٠٩، ٣١٠.
(٢) المغني لابن قدامة: جـ٩ص٣٢٧.
(٣) سبق تخريجه في ص١٢٣.
(٤) المغني لابن قدامة: جـ٩ص٣٢٧، كشاف القناع: جـ٤ص٢١١، القواعد والفوائد الأصولية: ص٣٠٨.
(٥) القواعد والفوائد الأصولية: ص٣٠٨.
(٦) التلخيص الحبير: جـ٣ص٩٧، القواعد والفوائد الأصولية: ص٣٠٩.
(٧) هو أبو فضالة البصري، من رواة الحديث الشريف، قال عنه أبو زرعة: ثقة إذا قال «حدثنا» وقال أبو داود: ثبت إذا قال «حدثنا»، مات سنة ١٦٤هـ خلاصة التذهيب: ص٣١٥.

الحسن[1] يحتج به[2]. فإن كان هذا أصلاً عنده، فينبغي أن يكون هذا الحديث ثابتاً عنده، لأنه من رواية المبارك عن الحسن.

هذا وقد اعترض على الاستدلال بهذا الحديث من جهتين:

الأولى: من جهة ثبوته: فقد هاجمه من هذه الجهة غير واحد من العلماء منهم الإمام الشافعي، حيث قال: هذا حديث ليس بثابت[3]،وأبو حاتم الرازي[4] حيث استنكره[5]، واعترض عليه ابن حزم بشده، فقد رواه من ثلاث طرق ضعفها جميعها، إما لانقطاعها وإما لضعف الرواة فيها[6].

والحق أنه إن وجد من ضعف هذا الحديث من حيث سنده، فقد وجد من علماء

---

(١) هوالحسن بن أبي الحسن البصري أبو سعيد (٢١-١١٠هـ): أحد أئمة التابعين، كان عالماً جامعاً رفيعاً ثقة مأموناً عابداً ناسكاً كثير العلم شجاعاً، روى من المراسيل كثيراً، قال أبو زرعة: كل شيء قال الحسن: قال رسول الله ﷺ وجدت له أصلاً خلا أربعة أحاديث، ويروى إن معظم مراسيله عن علي بن أبي طالب -انظر خلاصة التذهيب: ص٦٦.

(٢) خلاصة تذهيب الكمال: ص٣١٥.

(٣) التلخيص الحبير: جـ٣ص٩٧.

(٤) هو محمّد بن ادريس الحنظلي، الحافظ الكبير، كان من الأئمة الحفاظ الأثبات في رواية الحديث، مات سنة٢٧٧هـ- خلاصة الذهيب: ص٢٧٨.

(٥) سبل السلام: جـ٣ص٨٩.

(٦) فقد رواه من طريق يوسف بن ماهك قال: كنت أكتب لفلان نفقة أيتام كان وليهم فغالطوه بألف درهم، فأداها اليهم، فأدركت لهم من مالهم مثلها، قلت:اقبض الألف الذي ذهبوا بها منك، قال لا حدثني أبي انه سمع رسول الله ﷺ يقول: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»، فقد أخذ على هذا السند أنه منقطع، لأن يوسف لم يصرح باسم من حدثه به، ورواه أيضاً من طريق طلق بن غنام وشريك وقيس بن الربيع، وضعفهم، ورواه أيضاً من طريق آخر فيه المبارك بن فضالة،وقال عنه: ليس بقوى- انظر المحلى: جـ٨ص١٨١، والحق أن هؤلاء الرواة الذين ضعفهم ابن حزم ليس متفقاً على تضعيفهم: فأما المبارك بن فضالة فقد تقدم ما قال فيه العلماء، وخصوصاً إذا روى عن الحسن كما في هذا الحديث، وأما طلق بن غنام وشريك وقيس بن الربيع فقد وثقهم غير واحد من العلماء -انظر في ذلك خلاصة تذهيب الكمال: صفحات ١٤٠، ١٥٣، ٢٧٠.

الحديث من حسنه وصححه: فقد حسنه الترمذي[1]، وصححه الحاكم[2]، واستشهد له بطرق أخرى[3].

الثانية: من جهة معناه: فقد قالوا: إن هذا الحديث لا يدل على تحريم أخذ الحق من مال الغريم، لأن هذا ليس خيانة، وإنما الخائن من يأخذ ما ليس له أخذه ظلماً وعدواناً، وأما من كان مأذوناً له في أخذ حقه من مال خصمه واستدراك ظلامته منه فليس بخائن، ومعنى الحديث، لا تخن من خانك بان تقابله بخيانة مثل خيانته، وهذا لم يخنه، لأنه يأخذ حق نفسه، والأول يغتصب حق غيره[4].

والحق انه يمكن أن يفهم من الحديث المذكور ما حمله عليه الحنابلة، بل قد يكون ما فهموه هو المتبادر منه، وبيان ذلك أنه يمكن تصور حالتين في هذا الصدد:

الحالة الأولى:

أن يغصب شخص مالاً لآخر مجاهرة، فيقوم المعتدى عليه باسترداد حقه الذي غصب مجاهرة أيضاً، فليس في هذا أي نوع من الخيانة، لأنه أخذ عين حقه على مرأى ومسمع من الناس، فلا يكون في هذه الحالة محل تهمة، ولا يمكن أن ينسب إلى الخيانة، لا في الواقع لأنه يأخذ عين حقه، ولا عند الناس، لأنهم يعلمون السبب فلا يدخل ذلك في النهي الوارد في الحديث عن خيانة الخائن، ولم يعارض الحنابلة في هذا الحكم[5]، وقد تقدم اتفاق العلماء على

---

(١) هوالإمام محمّد بن عيسى بن سورة السلمي أبو عيسى الترمذي، الحافظ الضرير، وصاحب «الجامع الصحيح» في الحديث وألف في التفسير أيضاً، مات سنة ٢٧٩- خلاصة التذهيب: ص٢٩٣.

(٢) هوابو عبدالله محمّد بن عبدا لله النيسابوري، المعروف بالحاكم (٣٢١-٤٠٥هـ) إمام أهل الحديث في عصره له مؤلفات كثيرة منها «المستدرك على الصحيحين»، «تاريخ علماء نيسابور» -وفيات الأعيان: جـ٣ص٤٠٨.

(٣) التلخيص الحبير: جـ٣ص٩٧.

(٤) معالم السنن: جـ٣ص١٦٨، المحلى: جـ٨ص١٨٢.

(٥) مختصر الفتاوى المصرية: ص٦٠٩.

ذلك[1] وألحق علماء الحنابلة بهذه الحالة بعض الحالات الأخرى التي يكون فيها سبب الأخذ ظاهراً للناس كنفقة الزوجة والأولاد وقرى الضيف وحالة الاضطرار.

الحالة الثانية:

أن يكون شخص قد ترتب له حق على أخر بسبب مشروع في بداية الأمر، ووقع برضا الطرفين، كبيع أو قرض أو كفالة ونحو ذلك، فلما طلبه صاحبه امتنع من عليه الحق عن الوفاء به، فهذا الامتناع من قبل الغريم خيانة، والمفروض في هذه الحالة أن صاحب الحق لم يجد عين ماله عند غريمه، فإذا مد يده إلى مال هذا الغريم بغير إذنه وبغير حكم حاكم، فهو وإن كان في الواقع يقتص لحق نفسه، لكنه عند الناس وفي نظرهم قد ارتكب خيانة، فإنه لم يأخذ عين ماله، وإنما مال غيره، والناس يعلمون أن ما أخذ ليس له، وحقه عندهم ليس بثابت، ولا يعلمونه، وإن كان ثابتاً عنده هو، فينسبونه إلى الخيانة، وفي هذا إضرار به نفسه، وإضرار بالمجتمع، لأن الإسلام يهدف إلى تربية الناس على الفضيلة، ومنها الأمانة، وفي إقرار ذلك لفاعله إقرار للخيانة في نظر الناس، فربما كان له أسوأ الأثر في تربيتهم، ومصلحة الجماعة أولى بالرعاية من حق الفرد، وإن هذا لأصل عام في الشريعة يهيمن على كثير من الأحكام الفرعية والجزئيات التفصيلية.

٢- واستدلوا أيضاً بقول رسول اللّه ﷺ (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)[2]، فهذا نص في أنه لا يجوز لإنسان أن يأخذ مال غيره إلا برضاه[3].

٣- واستدلوا أيضاً بأن صاحب الحق إن ظفر بغير جنس حقه من مال المدين فليس له أخذه، لأنه معاوضة، ويشترط لصحتها باتفاق العلماء رضا المتعاوضين، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِنكُمْ وَلاَ

(١) انظر ص ١١٤.
(٢) سبق تخريج هذا الحديث في ص١٢٣.
(٣) المغني لابن قدامة: ج٩ص٣٢٧، القواعد والفوائد الأصولية: ص٣٠٩.

تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩].

وإن ظفر بجنس حقه فليس له تعيين ما يقضي به الدين بغير رضا صاحبه، لأن التعيين يعود إليه، فإنه لا يجوز لصاحب الدين أن يقول للمدين: اقضني حقي من هذا المال دون هذا[١].

هذا وقد أجابوا عن الاستدلال بحديث هند المتقدم على جواز الأخذ بغير قضاء بأن الجواز خاص بهذه الحالة التي ذكرت في الحديث، وهي حالة النفقة، **وقياس بقية الحقوق عليها قياس مع الفارق من عدة وجوه هي:**

١- أن حق الزوجة في النفقة واجب على الزوج في كل لحظة، فلو منعت من تحصيل حقها إلا بقضاء لكان في ذلك حرج ومشقة عليها[٢]، لأن ذلك يقتضيها تضييع جميع وقتها في المخاصمة والتقاضي، فجعل ذلك لها دفعاً لهذا الحرج، وليست بقية الحقوق كذلك، فلا تقاس على حق الزوجة في النفقة.

٢- أن قيام الزوجية كقيام البينة، فكأن الحق صار معلوماً بعلم مقتضيه[٣].

٣- أن للمرأة من التبسط في مال زوجها بحكم العادة ما يؤثر في إباحة هذا الحق وبذل اليد فيه بالمعروف، بخلاف الأجنبي[٤].

٤- إن النفقة تراد لإحياء النفس وإبقاء المهجة، وهذا مما لا يصبر عنه ولا سبيل إلى تركه، فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحالة، كأخذ المضطر مال غيره[٥].

---

(١) المغني لابن قدامة: جـ٩ص٣٢٧.
(٢) المغني لابن قدامة: جـ٩ص٣٢٧، كشاف القناع: جـ٤ص٢١١.
(٣) المغني لابن قدامة: جـ٩ص٣٢٧.
(٤) المرجع السابق.
(٥) المرجع السابق، القواعد والفوائد الأصولية: ص٣٠٩.

الرأي المختار في مسألة الظفر:

لقد تقدم في الفصل الأول من هذا التمهيد اتفاق علماء الأمة على وجوب قيام القضاء للفصل بين الناس في خصوماتهم، ولكن هل هذا هو السبيل الوحيد لتحصيل الحقوق والحفاظ عليها؟

إن مقتضى ما ذهب إليه علماء الحنابلة انه لا سبيل إلى استيفاء الحقوق إلا بالرفع إلى القضاء، اللهم إلا ما استثنوه من الحالات، بسبب ورود النصوص فيها، ولاعتبارات خاصة بها.

وأما مقتضى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من مختلف المذاهب الأخرى فيدل على انهم يرون إمكان تحصيل كثير من الحقوق بغير قضاء بالشروط التي ذكروها.

والظاهر أن ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة أكثر انسجاماً مع مقتضيات قواعد الشريعة العامة وروحها مما ذهبت إليه المذاهب الأخرى، **وبيان ذلك**:

أولا: إن الشارع الحكيم دعا المسلمين إلى التحاكم إلى شرعه كلما حدث نزاع بينهم وامرهم أن يردوا خصوماتهم إلى حكم اللّه ورسوله، فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾[النساء:٥٩]، وقال أيضاً: ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾[النساء:٦٥].

فقد أمر سبحانه المؤمنين برد خصوماتهم إلى اللّه تعالى ورسوله ﷺ، وكان المسلمون يلجأون إلى رسول اللّه ﷺ ليقضي بينهم، وبعد وفاته عليه الصلاة والسلام أصبح القيام بذلك من جملة الوظائف العامة التي يقوم بها الخليفة أو نوابه من قضاة وغيرهم، وهكذا يكون اللجوء إلى من نصبهم الخليفة قضاة بين الناس أمراً واجباً تطبيقاً لمقتضى تلك النصوص.

وقد يقال: إن هذه الآيات الكريمة تأمر المسلمين بالرجوع إلى أوامر اللّه ونواهيه التي أوحى بها إلى رسوله الكريم ﷺ، وتطبيق أحكامه المنزلة على كل خصومة أو نزاع، ولا تزيد على ذلك، وهذا صحيح، ولكن ليس جميع الناس الذي يعرف الأحكام التفصيلية وما يتعلق بها من أسباب وشروط، ورب واحد من العامة يظن أن له حقاً على غيره، وهو في واقع الأمر ليس له ذلك، أو له حق ولكن ليس بالصفات والحدود التي يظنها هو، أوله ولكن شروط وفاء الحق لم تكتمل، أو قد تكون في غريمه صفة تستوجب النظر له بتأخير وفاء الحق أو غيره، وكل هذا مظنة خطأ صاحب الحق، وحتى لو أصاب في تقدير كل ذلك فقد لا يعتبر كذلك في نظر الناس أو الغريم نفسه، فيعرض نفسه للتهمة والكره من الناس ويسبب في نفس الغريم الحقد والشعور بالظلم، وكل ذلك مفاسد لا يحول دونها إلا الرجوع إلى القاضي الذي يفترض فيه أن يكون عالماً بأحكام اللّه وبالأساليب الكاشفة عن الحق وحدوده، وهو الذي أعطي من الوسائل ما يستطيع بها معرفة الأحوال فله من السلطان ما يمكنه من الكشف على جميع أطراف النزاع، ومن العلم والخبرة ما يمكنه من وضع الأحكام في مواضعها الصحيحة، ومن الحياد ما يدفعه إلى العدل، نعم إن كثيراً ممن أجازوا استيفاء الحق بغير قضاء استثنى من ذلك ما يحتاج إلى التحرير والتحقيق من المسائل والواقع أن كل خلاف يحتاج إلى ذلك وكل قضية تحتاج إلى الدراسة والتحقق من جوانبها: أليس من الجائز أن يكون صاحب الحق قد نسي مقدار حقه؟ أليس من الممكن أن يكون قد غاب عنه مقدار أجل حقه فحسبه حل و لم يحل؟ أليس من الجائز أن يكون مدينه معسراً؟ بل أليس ممكناً أن يستغل ذلك أصحاب النوايا السيئة وأهل القلوب الغافلة عن مراقبة اللّه، فيدّعوا لأنفسهم من الحقوق ما ليس لهم؟ كل ذلك ممكن وجائز والقاضي يعرفه باستنطاق الشهود، ومعاينة الأحوال والظروف والقرائن وبالوسائل التي جعلت في يديه و لم تجعل لغيره. وقد يقال: إن القاضي قد يخطئ أيضاً في معرفة الحق، والجواب أن احتمال وقوع ذلك من القاضي أقل بكثير من احتمال وقوعه من صاحب الحق نفسه، لما يتحقق فيه من شروط العلم والعدل مما لا يوجد عند عامة الناس، ولأن دوافع التحيز والانحراف أقل عنده بكثير مما هي عند صاحب الحق الذي قد يستبيح كل وسيلة للحصول على حقه، وقد يتمادى فيأخذ أكثر مما يستحق.

من هذا يتبين أن دعوة اللّه للمسلمين أن يحتكموا إلى شرعة هي في حقيقتها دعوة لهم أن يعرضوا قضاياهم وخصوماتهم على الخبراء بذلك الشرع، ونواب اللّه في تطبيق أحكامه، وهم القضاة والحكام، ولذلك وجدنا جميع الفقهاء يتفقون على وجوب اللجوء إلى القضاء في العقوبات وحقوق اللّه وامور النكاح، ووجدناهم يعللون ذلك بأن هذه أمور خطرة، فتكون من وظيفة الحاكم، والواقع أن وظيفة الحاكم لا تقتصر على الفصل في الخصومات المتعلقة بهذه الأمور فحسب، وإنما هي شاملة للنظر في كل نزاع، ثم إن كثيراً من الأمور المالية يتحقق فيها الخطر والأهمية، بل إن النزاع فيها قد يؤدي إلى الاعتداء على الأنفس وغيرها، نعم إن من أجاز تحصيلها بغير قضاء اشترط أن لا يؤدي ذلك إلى الفتنة والإضرار بالأنفس والأعضاء، ولكن هذا أمر ينبغي أن يجعل تقديره إلى الحكام لا الأفراد، لأنهم يتأثرون بعواطفهم فيقدمون على أخذ حقوقهم بما يتراءى لهم من الأساليب من غير نظر للعواقب مندفعين وراء غرائزهم ومصالحهم.

ثانياً: ثم إن مذهب الحنابلة أكثر تحقيقاً للمصلحة العامة، وذلك من ناحيتين:

الناحية الأولى:

أن الحق عندما ينكره من يطلب منه يصبح محل نزاع، والظاهر لا يشهد لصاحب الحق، لأن الأصل براءة الذمم من الحقوق، وحتى يغير هذا الظاهر ليس له إلا سبيل واحد، وهو أن يلجأ إلى القضاء ليعرض بينته أو يقر خصمه، وقبل ذلك يكون مخالفاً للظاهر، فإن سمح له بتحصيل حقه بنفسه كان هذا إقراراً لخرق مبدأ شرعي معروف، هو وجوب بناء الأحكام على ظواهر الأمور في هذه الدنيا، وربما كان لهذا أسوأ الأثر عند الناس، من حيث أنهم يتعودون الخروج على هذا المبدأ ويرون ذلك أمراً سهلاً، وهذه مفسدة عامة ينبغي سد الطريق إليها، ولو أدى ذلك إلى ضياع حق خاص، لأن المصلحة العامة أولى بالاعتبار من المصلحة الخاصة، ولعل هذا هو السبب في أن الحنابلة استثنوا من ذلك حالة ما إذا كان سبب وجوب الحق ظاهراً للناس كما في النفقة وقرى الضيف، لأن صاحبه إذا أخذه والحال هذه لم يلمه أحد، ولم يكن متهماً، ولا اعتبر خارقاً للمبدأ السابق، لأنه يسير مع الظاهر ولا يخالفه.

الناحية الثانية:

إن مصلحة الأمة تقتضي أن تقفل الأبواب وأن تسد الذرائع التي تؤدي إلى الفتن، ومنها السماح للأفراد بتحصيل حقوقهم بأنفسهم من غير تدخل القضاء، نعم قد يحدث أن يحصّل إنسان حقه من غير أن تحدث فتنة أو فساد، ولكن هذا الاحتمال لا يقتضي أن يفتح هذا الباب، ولا يقتضي أن تترك هذه الذريعة من غير سد، لأن الشأن في سد الذرائع أنه لا ينظر إلى الحالات الفردية، ولا إلى النيات الخاصة، وإنما إلى الضرر المتوقع من ناحية عامة، فتسد الذريعة في وجه الجميع، ويكون اتخاذها حراماً عليهم جميعاً مع أن بعض الأفراد قد يكون حسن النية، ولا يريد اتخاذها لأجل الوقوع في المحرم.



الباب الأول

عناصر الدعوى

لقد وضح مما تقدم ذكره في التمهيد أن الدعوى تصرف من التصرفات الشرعية. والبحث في أي تصرف شرعي ينبغي -بعد التعريف به وبيان طبيعته- أن يبتدأ الكلام فيه عن عناصره المتكونة له: أي مقوماته الأساسية التي لا بد منها من أجل اعتباره موجوداً وجوداً شرعياً، بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية، لأن معرفة الأحكام التي رتبها الشارع على القيام تصرف من التصرفات تنبني في الغالب على معرفة تلك العناصر وبيان مفاهيمها وحدودها، وعناصر أي تصرف هي: أسبابه وأركانه وشروطه وأطرافه ومكانه، وبناء على ذلك جعلنا هذا الباب في فصلين:

الفصل الأول:

في سبب الدعوى وركنها وأطرافها ومكانها.

الفصل الثاني:

في شروط الدعوى.



الفصل الأول

سبب الدعوى وركنها وأطرافها ومكانها

يتضمن هذا الفصل خمسة مباحث:

المبحث الأول:

في سبب الدعوى.

المبحث الثاني:

في ركن الدعوى.

المبحث الثالث:

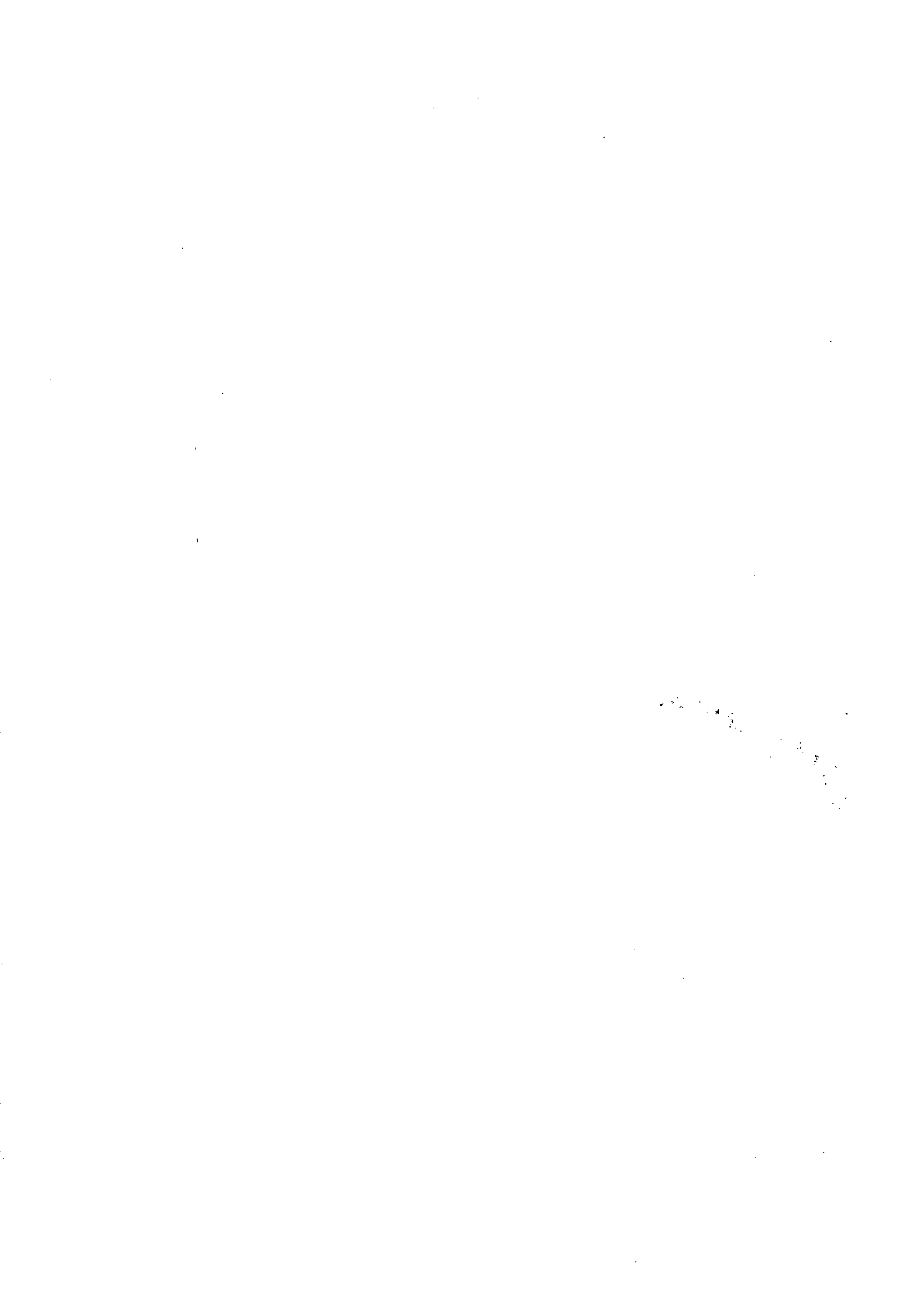
في أطراف الدعوى: المدعي والمدعى عليه.

المبحث الرابع:

في مكان الدعوى.

المبحث الخامس:

في أنواع الدعاوى والحق المدعى، وقد آثرنا الجمع بين الكلام عن أنواع الدعاوى والكلام عن أنواع الحق المدعى، لأن تنوع الدعاوى مبني في مجمله على تنوع الحق المدعى، ومعرفة الأول متوقفة على معرفة الثاني في الغالب. وأما بيان معنى الحق فقد تقدم تفصيله في الفصل الثاني من التمهيد.





المبحث الأول
في
سبب الدعوى

السبب في اللغة هو الحبل، وما يتوصل به إلى غيره، وأسباب السماء مراقيها، أو نواحيها، أو أبوابها[1]، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّا مَكَّنَّا لَهُ فِي الأَرْضِ وَآتَيْنَاهُ مِن كُلِّ شَيْءٍ سَبَباً﴾ [الكهف:٨٤].

أي عرفناه بالذرائع التي توصل إلى النتائج[2].

وهو في اصطلاح الفقهاء والأصوليين:

كل حادث ربط به الشرع أمراً آخر وجوداً وعدماً، وهو خارج عن ماهيته[3].

هذا هو المعنى الأصولي للسبب، فما هو سبب الدعوى؟

---

(١) القاموس المحيط: جـ١ص٨١، وورد في أساس البلاغة: ص٤١٧ ما نصه: انقطع السبب أي الحبل، وما لي إليه سبب أي طريق، وقال الجرجاني: السبب في اللغة: اسم لما يتوصل به إلى المقصود -انظر: تعريفات الجرجاني: ص١٠٣.

(٢) مفردات الراغب: ص٢٢١

(٣) انظر لقطة العجلان وبلة الظمآن وشرحه فتح الرحمن: ص٦٧، ٦٨، وقد عرفه الشوكاني بقوله: (والسبب هو جعل وصف ظاهر منضبط مناطاً لوجود حكم أي يستلزم وجوده وجوده)- انظر: ارشاد الفحول: ص٦،وعرفه كثير من العلماء بماهو قريب مما ذكر في المتن -انظر شرح مختصر المنتهى للقاضي عضد الملة ص٧، والفروق للقرافي: جـ١ص٦٢، وعلم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف: ص١٣١.

ذكر بعض الفقهاء أن سبب الدعوى هو تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات، وذلك أن بقاء النوع الإنساني مرهون بتحصيل مختلف الحقوق اللازمة له، وهذا لا يتحقق إلا بتعاطي مختلف أنواع المعاملات من عقود وغيرها من التصرفات، ومنها رفع الدعاوى فإن دعوى المدعي لا تخلو: إما أن تكون أمراً راجعاً إلى بقاء نسل الإنسان، أو أمراً راجعا إلى بقاء نفسه، أو ما يتبعهما، ومثال الأول: النكاح وما يتعلق به، ومثال الثاني: الأموال بجميع أنواعها، وما يرتبط بها[1].

والواقع أن هذا الذي ذكره هؤلاء سبباً للدعوى ليس إلا سبباً لمشروعيتها، وهو سبب لمشروعية مختلف المعاملات من عقود وغيرها[2]، وهو هدف غير مباشر لما يقوم به الإنسان من تصرفات، ولعل سبب الدعوى كتصرف إرادي هو إرادة المدعي نفسه، فهي التي ترتبط الدعوى بها وجوداً وعدماً، اللهم إلا إذا وجد مانع من وجودها مع قيام إرادة المدعي كتخلف شرط من شروطها، وهذا لا يقدح في كون الإرادة سبباً في قيام الدعوى، لأن الشأن في السبب كما هو معلوم في الأصول أن يتخلف مسببه إذا وجد المانع[3]، وإرادة الفاعل هي في الواقع سبب لجميع أنواع التصرفات التي يقوم بها، فالعقد -مثلاً- سببه توجه إرادة العاقدين لإنشائه بربط الإيجاب الصادر من أحدهما بالقبول الصادر من الآخر، والطلاق سببه توجه إرادة الزوج إليه .. وهكذا.

سبب الدعوى عند أهل القانون:

وعند أهل القانون، حيث تعتبر الدعوى حقاً من الحقوق كما تقدم في الفصل الثاني من

---

(١) انظر: العناية وتكملة فتح القدير على الهداية: جـ٦ص١٣٧، والدر المنتقى: جـ٢ص٢٥٠.

(٢) انظر: مرقاة الوصول إلى علم الأصول: ص١٦.

(٣) ولذلك عرفه -اي السبب- علماء الأصول بقولهم (هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته) فزاد كثير منهم هذا القيد «لذاته» لبيان أن السبب قد يختلف مسببه عنه إذا وجد مانع أو فقد شرط، وقد يوجد مسببه مع عدم وجوده لقيم سبب آخر إذا كان هناك أكثر من سبب لمسبب واحد انظر: لقطة العجلان وفتح الرحمن: ص٦٨.

التمهيد[1]، والسبب فيها يختلف عما ذكرنا:

١- فقد ذهب بعض علماء المرافعات إلى أن حق الدعوى لا يقوم ولا يوجد إلا إذا حصل نزاع حول الحق الموضوعي، فيكون هذا النزاع سبباً للدعوى عند هؤلاء القوم[2].

٢- وذهب كثير منهم إلى أن سبب الدعوى هو عينه سبب الحق الذي شرعت من أجل حمايته، وهذا هو رأي أصحاب النظرية التقليدية، فالسبب الناقل أو المنشئ لحق الملكية ينقل مع هذا الحق أو ينشئ حقاً آخر هو دعوى الملكية، يظهر بوضوح عندما يصبح هذا الحق متحركاً بالاعتداء عليه، ولا يعتبر عند هؤلاء النزاع أو الاعتداء على الحق الموضوعي سبباً للدعوى، وإنما يعتبر محركا لذلك الحق من كمونه، فيظهر بعد أن كان كامناً[3]. وهذا الرأي يتبناه أصحاب مذهبين في تحديد علاقة الدعوى بالحق وهم:

أ- أصحاب النظرية التقليدية، حيث يعتبرون الدعوى والحق المحمي بها شيئاً واحداً، فيكون سببهما المولد لهما واحداً أيضاً.

ب- أصحاب الرأي الذي يعتبر الدعوى عنصراً من عناصر الحق، فإنهم ذهبوا إلى أن السبب المنشئ للحق يولد الحق بعنصريه: المصلحة المادية أو الأدبية، والحماية القانونية لتلك المصلحة، وهذا الأخير هو الدعوى، فيكون سببها هو ذلك السبب المولد للحق، وهو تلك الواقعة القانونية المنشئة للحق من عقد أو إرادة منفردة أو فعل ضار أو إثراء بلا سبب أو نص قانوني.

وعلى أية حال فإن هذا المفهوم لسبب الدعوى هو الشائع في الاجتهاد القضائي، وعند علماء المرافعات[4]، ومن أحكام السبب بهذا المفهوم أن المحكمة لا يجوز لها أن تغير سبب

---

(١) انظر ص٨٩.

(٢) أثر مضي المدّة في الالتزام: ص٢٤٣، الوجيز في أصول المحاكمات -رزق اللّه أنطاكي: ص١٣٠.

(٣) المرافعات المدنية – أبو هيف: ص٢٣٧، ٢٣٨، نظرية الدفوع- أبو الوفا: ص٧٨١.

(٤) اصول المرافعات- أحمد مسلم: ص١٩٥، المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا: ص٣٠٨، الطبعة الثالثة، المرافعات المدنية والتجارية – أبو هيف: ص٣١٥، المرافعات المدنية والتجارية- محمّد حامد فهمي: ص١٧٨.

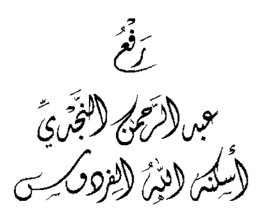
الدعوى الذي أقام المدعي دعواه عليه، بل يجب أن تلتزمه، وتقصر بحثها عليه، ومنها أيضاً انه إذا أقيمت المسئولية على سبب قانوني، فإنه لا موجب لمناقشة باقي الأسباب التي ركن إليها المدعي[1].

وسبب الدعوى بهذا المفهوم يشترط ذكره في صحيفة الدعوى، وإلا فإنها لا تكون صحيحة.

والسبب بهذا المعنى يسميه فقهاء المسلمين سبب الاستحقاق في الدعوى، وقد اشترط بعضهم ذكره فيها، وبعض آخر لم يشترط ذلك، وكثيرون منهم اشترطه في بعض أنواع الدعاوى دون بعض، وسيأتي تفصيل ذلك في الفصل الثاني من هذا الباب إن شاء الله تعالى.

---

(١) انظر: مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات من سنة ١٩٦١ إلى سنة ١٩٦٦: ص٥١٠.



المبحث الثاني
في
ركن الدعوى

تعريف الركن:

الركن في اللغة:الجانب القوي الذي يمسك الشيء[1]، كأركان البيت، وهي زواياه التي تمسك بناءه.

وهو في اصطلاح الحنفية: ما يكون قوام الشيء بحيث يعد جزءاً داخلاً في ماهيته[2]، ومثال ذلك في التصرفات القولية: ركن العقد، وهو ما يعبر عن اتفاق الارادتين من إيجاب وقبول، وفي العبادات يعد الركوع والسجود وقراءة القرآن أركاناً في الصلاة، لأن ماهيتها تقوم بهذه الأعمال، وعلى هذا فلا يعتبر الفاعل ركناً في فعله بالمعنى الاصطلاحي الحنفي، لأن الفاعل ليس جزءاً ذاتياً في معنى الفعل وماهيته، وإن كان لابد لكل فعل من فاعل.

وأما عند غير الحنفية: فالركن هو ما لا بد منه لتصور الشيء ووجوده، سواء أكان جزءاً منه أم مختصاً به[3]، ويدخل تحته بهذا المفهوم الفاعل بالنسبة للتصرفات الصادرة عن الناس، فيدخل في جملة أركان العقد العاقدان، وفي الدعوى: المدعي والمدعى عليه.

---

(١) جاء في مفردات الراغب: ص٢٠٣ ما نصه: (ركن الشيء جانبه الذي يسكن إليه، ويستعار للقوة، قال تعالى:﴿ قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾ [هود: ٨١]).

(٢) المصباح المنير:جـ١ص١٠٩ – المطبعة العلمية سنة ١٣١٥هـ علم أصول الفقه– عبدالوهاب خلاف ص١٣٣، فصل القضية: ص٦.

(٣) المصباح المنير: جـ١ص١٠٩ –المطبعة العلمية سنة ١٣١٥هـ.

وما ذهب إليه علماء الحنفية أكثر انسجاماً مع المفهوم اللغوي للركن، ولذلك فإننا نقصد ونحن في مقام بحث ركن الدعوى ذلك المفهوم الحنفي له، وفيما يلي بيان مفصل لركن الدعوى:

فقد تقدم[1] أن الدعوى تصرف من التصرفات القولية[2]، فهي تصرف إرادي يرتب عليه الشرع نتائج شرعية، من وجوب حضور الخصم، والجواب عليها، وغير ذلك من الآثار التي سنذكرها في حينها إن شاء الله تعالى، وكل تصرف يرتب عليه الشارع آثاراً معينة اعتبر فيه عناصر جوهرية تتركب منها ماهيته، وهي أركانه، وركن الدعوى هو جزؤها المكون لها، وبالرجوع إلى تعريف الدعوى نستطيع أن نحدد ركنها، لأن التعريف يحتوي الماهية، والأركان هي أجزاء الماهية[3]، وهناك[4] استقر اختيارنا على أن الدعوى هي (قول مقبول أو ما يقوم مقامه، في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله، أو حمايته)، فمن هذا التعريف يظهر جلياً أن الجزء الذي تقوم به الدعوى هو القبول أو ما يقوم مقامه من كتابة أو اشارة، ولكنه قول ذو خصائص معينة وهي:

١- أن يكون أحد التعبيرات الموضوعة في اللغة أو في عرف الناس من أجل طلب الأشياء، ولا يشترط لفظ مخصوص، وإنما يصح أي لفظ يدل على الطلب، أو أي تعبير آخر إن تعذر اللفظ[5] .

٢- أن يكون هذا القول في مجلس القضاء.

ومع أن هذا الذي ذكرناه يكاد يتفق عليه جميع الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في أمرين هما:

---

(١) انظر ص٨٧.
(٢) التصرف بالمعنى الفقهي: هو كل ما يصدر عن شخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية - انظر المدخل الفقهي العام- مصطفى الزرقا: جـ١ص٢٧١.
(٣) المصباح المنير: جـ١ص١٠٩ -المطبعة العلمية سنة ١٣١٥هـ، تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص٤٠٣.
(٤) انظر ص٨٦.
(٥) المجاني الزهرية على الفواكه البدرية : ص ٨٥ .

الأمر الأول: هل الركن هو التعبير الطلبي من قول أو كتابة أو إشارة؟ أم أنه هو مدلول ذلك التعبير؟ أم أنه كلا الأمرين: الدال والمدلول؟ **إلى كل قول من هذه الأقوال ذهب جماعة من الفقهاء:**

أ- فقد ذهب جماعة إلى أن ركن الدعوى هو قول الرجل: لي على فلان، أو قبل فلان، أو قضيت حق فلان، أو أبرأني عن حقه، ونحو ذلك، فإذا قال ذلك فقد تم الركن[1]، ولعل ما يستند إليه هؤلاء هو أن مدلول التعبير لا يظهر إلا به، فهو مرتبط به وجوداً وعدماً، فتجعل العبرة بالدال لا بالمدلول.

ب- وذهب جماعة أخرى إلى أن الركن هو المدلول فقط، فقالوا: إن ركن الدعوى هو إضافة المدعي الحق إلى نفسه، أو إلى من ينوب عنه، والأول كقوله: لي عليه كذا، والثاني كقوله: أدعي على فلان عشرين جنيهاً لموكلي فلان من ثمن دار بعتها[2]. وحجة هؤلاء أن الركن هو الماهية، والتعبير وسيلة فقط[3].

جـ- وذهبت جماعة ثالثة إلى أن الركن هو كلا الأمرين: الدال والمدلول فهو القول أو التعبير ومدلوله[4].

ويبدوا أن الحق مع هذه الجماعة الأخيرة، لأن قيام الدعوى يتوقف على وجود الأمرين: الدال والمدلول، وذهاب أحدهما يجعلها كأن لم تكن، فيكون كلاهما من الركن، لأنه هو الذي يذهب الشيء بذهابه: فلو أن إرادة طلب شيء من آخر ظلت كامنة في صدر المدعي

---

(١) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٢، حاشية الشرنبلالي على درر الحكام: جـ٢ص٣٢٩، مباحث المرافعات: ص٢، خلاصة نظرية المرافعات -ابو الفتح: ص٤، المرافعات الشرعية- السبكي:ص٣٣، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد- الزحيلي: جـ٢ص٥٠٩.

(٢) تبيين الحقائق وحاشية الشلبي: جـ٤ص٢٩٠، درر الحكام: جـ٢ص٣٢٩، ٣٣٠، الدر المنتقى في شرح الملتقى: جـ٢ص٢٠٥، الايضاحات الجلية: ص٦، فصل القضية: ص٦، موجز في المرافعات الشرعية: ص٥، الأصول القضائية: ص٦.

(٣) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٥.

(٤) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٥، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية: ص٨٨.

لما قيل لهذه النية الكامنة بأنها دعوى، ولما ترتب عليها أي أثر، وكذلك لو أن الدلائل الكافية قامت على أن المدعي كان هازلاً أمام القاضي، لم يعتبر قوله دعوى، حتى ولو استوفى مختلف شروطها، وما ذلك إلا لأن الدعوى غير قائمة في الواقع، ومثله لو أقام شخص دعوى صورية، بأن يطلب أمام القاضي شيئاً من آخر ثم ثبت بالأدلة الكافية أنهما متفقان على عدم الاعتراف بآثار هذا الطلب، فلا تقوم الدعوى لأن مدلول التعبير المكون لها غير متحقق في هذه الصور.

الأمر الثاني: واختلفوا أيضاً في مكان الدعوى، وهو مجلس القضاء، هل هو من الركن أم لا؟ فمع أنهم لم يختلفوا في وجوب كون القول المكون للدعوى في مجلس القضاء.إلا أنهم اختلفوا في أن هذا هل هو جزء من الركن أم هو شرط خارج عن ماهية الدعوى[1]؟ والظاهر أنه شرط في الركن، وليس جزءاً داخلاً فيه، لأنه وصف خارجي يشترط تحققه فيه، فيكون ركن الدعوى -إذن- مقتصرا على التعبير الدال على طلب الحق أو إضافته إلى المدعي أو إلى من يمثله، ومدلول هذا التعبير وهو الإضافة نفسها.

هذا ونشير أخيراً إلى أن بعض العلماء يذكرون شرطاً آخر في الركن من أجل أن تقوم الدعوى، وهو أن يحصل القول الدال على الطلب للحق في حال المنازعة، لا في حال المسالمة[2]، ولكن هذا أمر خارج عن الماهية، ولا يعتبر جزءاً من ركن الدعوى، ولذلك نجد بعض الفقهاء ذهبوا إلى أن ركن الدعوى هو معناها اللغوي فقط[3].

ركن الدعوى عند أهل القانون:

وأما ركن الدعوى بمفهومها القانوني، فيفرق فيه بين المفاهيم المختلفة التي تبناها علماء

---

(١) تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص٤٠٣.

(٢) المرجع السابق، الايضاحات الجلية: ص٦، فصل القضية: ص٦، الأصول القضائية: ص٥، مباحث المرافعات: ص٥، موجز في المرافعات الشرعية -أحمد إبراهيم: ص٥.

(٣) البحر الرائق: جـ٧ص١٩١.

المرافعات للدعوى:

١- فإنها إذا اعتبرت عين الحق الذي تحميه حالة تحركه بالاعتداء عليه، كان ركنها هو ركن ذلك الحق، فدعوى الملكية ركنها هو ركن حق الملكية، ودعوى الالتزام الشخصي ركنها هو ركن ذلك الالتزام، وقد قدمنا[١] أن هذا الرأي هو مذهب أهل النظرية التقليدية في تحديد ماهية الدعوى وعلاقتها بالحق الموضوعي الذي تحميه.

٢- أما إذا اعتبرت الدعوى عنصراً من عناصر تكوين الحق، كما ذهب إلى ذلك بعض علماء المرافعات[٢]، وهو عنصر الحماية القانونية للمصلحة المادية أو الأدبية كان ركن الدعوى عندئذ هو تلك الحماية المعلنة من قبل القانون لهذه المصلحة، إما بنص قانوني، أو قاعدة من القواعد القانونية، وقد بينا فيما مضى[٣] مدى تناقض هذا الاتجاه في تحديد طبيعة الدعوى وعلاقتها بالحق مع الخصائص التي يقررها أصحاب هذا المذهب للدعوى.

٣- أما إذا اعتبرت الدعوى حقاً عاما يخول الإنسان اللجوء إلى القضاء من أجل المحافظة على حقوقه من الاعتداء عليها أو إنكارها، فإن ركنها -عندئذ- يكون تلك المكنة الملازمة للإنسان منذ ولادته، وولادة حقوقه معه.

٤- وأما من اعتبرها حقاً مستقلاً في جميع عناصره وخصائصه عن الحق الموضوعي فقد ذهبوا إلى أن الدعوى هي حق الإنسان في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه، وفي مواجهة شخص آخر، بواسطة السلطة القضائية، فبناء على هذا الرأي يستقل ركن الدعوى عن ركن الحق الموضوعي، إذ أن ركن هذا الأخير هو المصلحة المادية أو الأدبية التي يحميها القانون، وركن الدعوى هو مكنة الإنسان في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه.

---

(١) انظر ص١٠١ و ١٠٢و ١٠٣.
(٢) الوجيز في المرافعات المدنية -عبدالمنعم الشرقاوي: ص٢٥، المرافعات المدنية والتجارية - أبو الوفا: ص٩٤.
(٣) انظر ص ١٠٢.

والصواب الذي نراه -في هذا الصدد- أنا إن اعتبرنا الدعوى حقاً من الحقوق (سواء أكانت سلطة اللجوء إلى القضاء لحماية الحق، أم للحصول على حكم، أم لغير ذلك)، فإن ركنها يكون: إما مصلحة مادية، وإما أدبية، لأن هذه هي ماهية الحق عند أهل القانون، ويظل بعد ذلك اختلاف بين السلطات والآثار التي تمنحها وتنتجها تلك المصلحة: فدعوى الملكية هي مصلحة مادية تمنح صاحبها سلطة حماية حقه العيني، ودعوى الالتزام هي مصلحة مادية تمنح صاحبها سلطة حماية حقه الشخصي وهكذا.

٥- وأما الجماعة الذين عرفوا الدعوى بمثل ما عرفها به فقهاء المسلمين، فركن الدعوى عندهم هو المطالبة بالحق، أو إضافته إلى نفس المدعي، أو من يمثله، لأنها عندئذ تصرف قانوني، ركنه هو جزؤه الذي يقوم به.

المبحث الثالث
في
أطراف الدعوى

نقصد بأطراف الدعوى الأشخاص الذي يكون بينهم النزاع، وهم المدعي والمدعى عليه، وكل منهما قد ينفرد، وقد يتعدد، ولكن يشترط في الحالة الثانية أن يكون المتعدد محصوراً[1].

وأطراف الدعوى لا يكونون إلا من البشر، مهما كان نوعهم: ذكراً كان أو أنثى، فإن حكم النساء كحكم الرجال في الخصام والمنازعات، لا يختلفان في الدعاوى ولا البينات ولا الأيمان ولا المحاكمات: ملكهن كملك الرجال فيما يملك من الأموال، وحدهن كحدهم، وقتلهن كقتلهم، وما يفترقان فيه من الأحكام فإنما هي مستثناة من هذا الأصل[2].

- أما الشرع فإنه لا يكون أحد أطراف الدعوى، لا مدعياً، ولا مدعى عليه، وهذا لا يمنع أن يكون المشرع محكوماً له في حقوقه المتمحضة له، أو فيما يكون حقه فيه غالباً[3].

هذا وإن الدعوى لا تصح إلا بتحقق شروطٍ في كل من المدعي والمدعى عليه سنذكرها بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب- إن شاء اللّه تعالى- ملخصها: أن يكون كل منهما أهلاً للقيام بالتصرفات الشرعية، وأن يكون كل منهما ذا شأن وصفة في الدعوى، وأن يكونا معلومين أو محددين.

---

(١) الفواكه البدرية: ص٦٦.

(٢) روضة القضاة- السمناني: ق٣٤أ.

(٣) الفواكه البدرية والمجاني الزهرية: ص٦١، ٦٢، ٦٦، ٦٧.

كيفية التمييز بين المدعي والمدعى عليه:

وإذا كانت الدعوى هي طلب الحق في أصلها، فالظاهر أن المدعي[1] هو الطالب للحق، والمدعى عليه هو المطلوب منه الحق[2]، ولكن لما كان الشارع قد جعل لكل منهما أحكاما خاصة به، ينبني على صحة تطبيقها قيام العدل بتمامه، فقد كان تمييز المدعي عن المدعى عليه من أهم الأمور التي تعين القاضي على إصابة الحق في الأحكام التي يصدرها، وكان الاعتماد على هذا الظاهر في كل قضية من دواعي التنكب عن مواطن الدقة في الأحكام، وبالتالي الظلم الذي أبطله الشارع، وهدد أهله بشر العقاب، وذلك أن الشارع جعل عبء إثبات الدعوى بالبينة على المدعي، وعبء دفعها باليمين على المدعى عليه إن لم يثبتها المدعي بالبينة، والعبء الأول أثقل من العبء الثاني فلو أخطأ القاضي في التمييز بينهما لحل المطلوب بالعبء الأخف «وهو المدعى عليه» بعبء أثقل مما جعله عليه الشارع، فيكون ظلماً كبيراً، لأنه حكم بما لم يأمر به الله، والله سبحانه حرم الظلم على عباده، وجعل لأهله النار.

لهذا كله نجد جهداً عظيماً بذله الفقهاء المسلمون من مختلف المذاهب من أجل وضع الضوابط التي يستعين بها الحكام على التمييز بين الطرفين، وإنا قبل أن نبحث هذه الضوابط بالتفصيل نقرر أنها: إما أحكام خاصة بالطرفين، وإما خصائص لهما، جميعها تصلح علامات يستعين بها القاضي من أجل تبيين المدعي عليه، ولكن لايجاز المستهدف من قبل الفقهاء في تعريف المصطلحات حَدًا بكثير منهم إلى الاعتماد على ضابط واحد أو اثنين، مهملين بقية الخصائص التي هي بحق علامات أخرى مفيدة في هذا الموضوع.

هذا ونرى أنه ما دام الوصول إلى العدل بين المتنازعين هو الهدف من القضاء فإنه لا مانع

---

(١) المدعي لغة: هو كل من ادعى نسباً أو علماً، أو ادعى ملك شيء نوزع فيه أو لم ينازع، ولا يقال في الشرع «مدع» إلا إذا نازع غيره -النظم المستعذب في شرح غريب المهذب: جـ٢ص٣١١، أو هو من يقصد ايجاب حق على غيره- المبسوط: جـ١٧ص٢٩، وقيل: هو في اللغة من ادعى شيئاً لنفسه سواء كان في يده أو في يد غيره- جواهر العقود: جـ٢ص٤٩٦.

(٢) الحاوي الكبير: جـ٣ق ٤٣ب، الطريقة المرضية: ص٤٣.

أبداً من الاعتماد على جميع ما ذكر من الخصائص لكلا الطرفين في الدعوى، غير أن هذا لا يمنع من ترجيح بعض المعايير على غيرها، لا لأن هذا البعض يغني عن البقية، وإنما لشموله لوقائع عملية أكثر، وفيما يلي نستعرض ما ذكر من هذه الضوابط والتعريفات، ثم نتبع ذلك بالفائدة المترتبة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه:

فهنالك ضوابط كثيرة جداً، ذكرت في كثير من الكتب الفقهية من أجل هذا الغرض، نجد بينها كثيراً من التكرار والتشابه، **ولكننا نستطيع تقسيم الاجتهادات المتعددة في هذا الموضوع إلى أربعة:**

الاجتهاد الأول:

وهو ما ذهب إليه معظم فقهاء الحنفية، وكثيرون من فقهاء المذاهب الأخرى، وهو يعود إلى النظر إلى خاصية أساسية في المدعي والمدعى عليه، نابعة من تكييف الدعوى بأنها تصرف إرادي مباح، يقوم به المدعي باختياره، وأما جوابها فهو أثر من آثار ذلك التصرف واجب على المدعى عليه، فعرفوا المدعي بأنه (من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها)، والمدعى عليه (من إذا تركها يجبر عليها)[1].

وهذا المعيار مأخوذ من طبيعة الدعوى: فهي تصرف إرادي صادر من طرف المدعي، وهي في ذلك -كبقية التصرفات القولية من عقدية وغير عقدية- مرتبطة بإرادة الإنسان الذي يملك الصلاحية الشرعية لها.

---

(١) المبسوط: جـ١٧ص٣١، بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٤، الفواكه البدرية والمجاني الزهرية: ص٦٣، تبيين الحقائق: جـ٤ص٢٩١، البحر الرائق: جـ٧ص١٩٣، مجمع الأنهر: جـ٢ص٢٥٠، معين الحكام: ص٥٢، تنوير الأبصار والدر المختار وقرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٢، ٣٧٣، القول أن: ق١٣٣أ. تبصرة الحكام: جـ١ص١٢٤، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي: جـ٢ص٢٦٠، نيل الأوطار: جـ٨ص٣١٦، المغني لابن قدامة: جـ٩ص٢٧٢. جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٠، كتاب القضاء -ضياء الدين العراقي: ص١٠٤، دليل القضاء الشرعي: جـ٢ص٥٢، الفكر القانوني الإسلامي: ص٢٧٧.

وليس هذا تفسير للمدعي في معناه العرفي، كما ذهب إلى ذلك بعض العلماء[1] صحيح أن الإطلاق العرفي للمدعي والمدعى عليه قد ينطبق على هذا المعنى المذكور، ولكن العرف في كثير من الأحيان يخطئ في معرفة المدعي بمعناه المقصود شرعاً، وربما مال العرف غالباً إلى إعطاء صفة المدعي إلى أول ذاهب إلى مجلس القضاء من المتداعيين، وربما كان هذا الذاهب الأول مدعى عليه في حقيقته الشرعية.

ولقد ذهب معظم فقهاء الحنفية إلى ترجيح هذا المعيار على غيره وقالوا: إنه عام لا يخرج عنه شيء من الفرعيات[2]. غير أن بعض العلماء ذهبوا إلى أنه غير جامع[3]، **وذكروا من الفرعيات التي يقصر فيها هذا الضابط ما يلي:**

١- لو ادعى شخص تأجيل الدين الذي يطالبه به غيره، أو وفاءه، أو إبراء الدائن له منه، فإنه مدع مع أنه لا يترك لو لم يقل هذا، بل يجبر على الجواب[4].

٢- وكذلك لو ادعى أحد فساد العقد الذي جرى بينه وبين شخص آخر، فإنه مدع مع أنه مطالب بتنفيذ العقد لو لم يخاصم في فساده[5].

والحق الذي يبدو بالتأمل الصادق أن المعيار السابق يمكن تطبيقه على هاتين الفرعيتين ونحوهما، والتمييز بين طرفي الدعوى بواسطته، وفيما يلي بيان ذلك.

- ففي المثال الأول: مدعي التأجيل، أو وفاء الدين، أو الإبراء منه، لو سكت عن هذه الدعاوى، التي غالباً ما تكون دفوعاً لدعوى سابقة، لما أجبره أحد على المخاصمة فيها بذاتها، وأما الخصومة في الدين ذاته، فهي أمر آخر، وهو مجبر عليها، لأنه مدعى عليه فيها.

---

(١) انظر: جواهر الكلام: جـ٦ص٢٩١.
(٢) تبيين الحقائق: جـ٤ص٢٩١.
(٣) موجز المرافعات الشرعية- أحمد ابراهيم: ص٣١.
(٤) التاج المذهب: جـ٤ص٣، ٤، رسالة عبدالكريم المرعشي: ق١٨٦ب.
(٥) التاج المذهب: جـ٤ص٣، ٤.

- ومثل هذا يمكن أن يقال في الفرعية الثانية، حيث أن مدعي الفساد غير مجبر على اثارة موضوع فساد العقد بالذات، والمخاصمة في دفع الثمن أو تسليم المبيع أمر آخر وخصومة أخرى، يجبر فيها مدعي الفساد، ويكن مدعى عليه أيضاً.

وهذا الذي أوردوه، يمكن أن يقاس عليه أي دفع من الدفوع، فإن مدعيه هو في الأصل مدعى عليه في الدعوى الأصلية، ولكن لا يقال بأنه ليس مدعياً بالنسبة للدفع الذي أبداه، بل هو كذلك، لأنه لو ترك الخصومة في موضوع الدفع الذي وجهه للدعوى الأصلية، لما أجبر على الدخول فيه، بغض النظر عن الخصومة الأصلية، فإنه يظل مجبراً عليها.

هذا ويجدر بالذكر أن قولهم: أن المدعى عليه هو من يجبر على الخصومة لا يتنافى مع ما سيأتي في «المبحث الرابع» من هذا الفصل من قول الإمام محمد[1]: إن المدعى عليه هو الذي يعين القاضي الذي يتحاكم لديه[2]، لأن المقصود بالإجبار هو الذي يكون على أصل الخصومة، لا على كيفيتها، وتفصيلاتها، فلا يمنع ذلك من إعطائه حق الاختيار في تحديد بعض إجراءات الدعوى.

الاجتهاد الثاني:

وقد ذهب إليه جمهور المالكية والشافعية والزيدية وبعض علماء المذاهب الأخرى، وقد اعتمدوا فيه على النظر إلى جنبة كل من الطرفين المتنازعين: فمن كانت جنبته قوية بشهادة أي أمر مصدق لقوله كان هو المدعى عليه، والآخر مدعياً، وفيما يلي تفصيل للضوابط المبنية على هذا الأساس حسب المذاهب المذكورة:

---

(١) هو الإمام محمّد بن الحسن الشيباني، ولد بواسط، ونشأ بالكوفة، صحب أبا حنيفة، وأخذ الفقه عنه، وكان عالماً بكتاب الله، ماهراً في العربية والحساب، أخذ عنه الإمام الشافعي علماً كثيراً، وله تصانيف منها كتب ظاهر الرواية وهي: المبسوط والجامع الصغير والجامع الكبير والسير الكبير والسير الصغير والزيادات، توفي سنة ١٨٩هـ. -الفوائد البهية: ص١٦٣.

(٢) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٢.

أولا: معيار المالكية:

يكاد المالكية يتفقون على أن المدعي: (هو من تجردت دعواه عن أمر يصدقه)[1] وزاد بعضهم: (أو كان أضعف المتداعيين أمراً في الدلالة على الصدق)[2].

وفسر آخرون منهم هذا الأمر المصدق بقولهم: المدعي هو (من لم يترجح قوله بمعهود أو أصل) والمدعى عليه عكسه، أي من ترجح قوله بمعهود أو أصل)[3]، والمعهود هو العرف والعادة والغالب[4].

ورأى بعضهم تقييد التعريف السابق للمدعي بقوله: «حال الدعوى»[5]، أي أن التجرد المقصود هو الذي يكون حال الدعوى وقبل إقامة البينة، ولذلك قال بعضهم: «بمصدق غير بينة»[6] أي أن لا يكون الأمر المصدق الذي تجرد عنه قول المدعي هو البينة، أي شهادة الشهود، فإنه يظل مدعياً ولو لم يتجرد قوله منها، والظاهر انه لا داعي لتقييد ذلك التعريف بهذا القيد، لأن المدعي بعد أن يعرض بينته وتقبل لدى القضاء لا يظل اسمه مدعياً، وإنما يسمى محقاً بعد ذلك[7].

ثم إن الأمر المصدق -الذي إذا اعتضد به جانب أحد المتداعيين كان دليلا على أنه هو المدعى عليه- **يمكن أن يكون أحد الأشياء التالية:-**

---

(١) حاشية الأمير: جـ٢ص٣١٦، وورد قريب منه في مواهب الجليل: جـ٦ص١٢٤.

(٢) حاشية الأمير: جـ٢ص٣١٦.

(٣) تبصرة الحكام: جـ١ص١٢٣، القوانين الفقهية: ص٢٨٨،البهجة في شرح التحفة، جـ١ص٢٨، القول المرتضى في أحكام القضا: ق٩أ، ياقوتة الحكام ص٤، العقد المنظم للحكام: جـ٢ص١٩٨، لب اللباب: ص٢٥٥،حاشية الأمير: جـ٢ص٣١٦.

(٤) القوانين الفقهية: ص٢٨٨، شرح الخرشي: جـ٧ص١٥٤، ياقوتة الحكام: ص٤، لب اللباب: ص٢٥٥، البهجة في شرح التحفة: جـ١ص٢٨، ٢٩.

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: جـ٤ص١٤٣.

(٦) التاج والإكليل ومواهب الجليل: جـ٦ص١٢٤، شرح حدود ابن عرفة: ص٤٧٠ حاشية الأمير: جـ٢ص٣١٦.

(٧) شرح حدود ابن عرفة: ص٤٦٩.

١- الأصل:

والأصل في اللغة هو الأساس الذي يقوم عليه الشيء[1]، والمقصود به في هذا المقام: القاعدة الشرعية المعمول بها في الواقعة المخصوصة، أو الدلالة المستمرة، أو استصحاب الحال الأول[2]. **وقد ذكروا من الأصول:**

أ- الأصل براءة الذمة من الحقوق قبل تحقق عمارتها[3]، فإذا تحققت عمارة الذمة، فالأصل بقاء تلك العمارة حتى يتحقق الرافع، ومما ينبني على هذه القاعدة الأساسية أن من ادعى ديناً على آخر، فأنكر المطلوب كان المنكر مدعى عليه، لأن الأصل براءة الذمة، وقد عضده هذا الأصل، فكان القول له بيمينه، إن لم تكن للمدعي بينة، ولو اعترف المطلوب بالدين وادعى القضاء، لكان الطالب هو المدعي عليه في هذا الدفع، لأن الأصل استصحاب عمارة الذمة بعد ثبوت شغلها، فكان القول له بيمينه إذا لم يكن للآخر بينة[4].

ب- ومن القواعد الأساسية أيضاً انه يفترض في الإنسان صحته حتى يثبت مرضه، ويكون مدعي المرض مدعياً خلاف الأصل، فعليه البينة، ومن الفروع المبنية على هذا الأصل: أنه إذا وقع طلاق رجل لزوجته طلاقاً بائناً، ثم مات، فقامت المرأة على الورثة تدعي أنه طلق في مرض الموت، لكي ترث منه، فأنكر الورثة ذلك، كانت المرأة مدعية خلاف الأصل الذي يقضي بأن الإنسان سليم حتى يثبت مرضه، فعليها البينة والقول للورثة، وقد قال المالكية: لو أن كلا الطرفين أقام بينة على دعواه، قدمت البينة المثبتة للتصرف في خلال الصحة، وكان القول لصاحبها[5].

---

(١) لسان العرب: جـ١١ص١٦، المصابح المنير: جـ١ص٢٠.
(٢) تبصرة الحكام: جـ١ص١٢٢.
(٣) الطريقة المرضية: ص٤٤، وذكر هذا الأصل العز بن عبدالسلام في قواعد الأحكام: جـ٢ص٣٢.
(٤) الطريقة المرضية: ص٤٤
(٥) الطريقة المرضية: ص٤٤

جـ- الأصل أيضاً عدم المضارة والتعدي: فلو ادعى شخص على الطبيب العمد فيما زاد على المأذون فيه، فادعى الطبيب الخطأ، فإن القول له[1].

د- والأصل في الإنسان الجهل بالشيء حتى يقوم عليه الدليل بعلمه له، ومما فرعوه على ذلك: أنه إذا قام الشريك يطلب حصة شريكه بالشفعة ممن اشتراها، وكان ذلك بعد مرور عام على عقد البيع، فادعى المشتري علم الشريك بالبيع، وادعى هو جهله بذلك كان القول قول الشريك، وعلى المشتري البينة أنه كان يعلم بالعقد[2].

هـ- وقالوا أيضاً: الأصل هو الفقر، لسبقه، حيث يولد الإنسان خالي اليد فيكتسب بعمله، فيصبح غنياً، غير أنهم قالوا: إن الناس محمولون على الملأ لغلبته فهذا من جملة ما تعارض فيه الأصل والغالب، وقدم الأخير فيه، ومما بنوه على ذلك: أن زاعم الإعسار يعتبر مدعياً، وإن وافقه الأصل الذي هو الفقر، فهو المطالب بالبينة على الإعسار[3].

هذا ولعل القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في الأمور العارضة العدم[4]، تجمع كثيراً من تلك الصور والحالات[5].

٢- الظاهر:

ويمكن أن يكون الأمر المصدق لأحد المتداعيين هو الظاهر، **وهذا يستفاد من أحد**

---

(١) الطريقة المرضية: ص٤٤.

(٢) الطريقة المرضية: ص٤٥

(٣) الطريقة المرضية: ص٤٥.

(٤) المدخل الفقهي العام: ج٢ص١٠٥٠.

(٥) لقد ذكر السيوطي كثيراً من الأصول والقواعد العامة التي تخرج عليها كثير من الفروع الفقهية في كتابه «الأشباه والنظائر»: ص٥٩-١٠٠، طبع دار إحياء الكتب العربية.

أمرين:

الأمر الأول: العرف[1]، ويسميه بعضهم المعهود والغالب والعادة[2].

وقد احتج المالكية على اعتبار العرف من المرجحات القوية، والتي تكسب ظاهراً قوياً بقوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف:١٩٩]، وقد قالوا: كل أصل كذبه العرف، رجح هذا الأخير عليه، ولم يستثنوا من ذلك إلا بعض المسائل منها: ما لو ادعى الصالح التقي الكبير العظيم المنزلة والشأن في العلم والدين على أفسق الناس وأدناهم درهماً واحدا فإن الغالب صدقه، والأصل براءة الذمة، فيقدم الأصل على الغالب في هذه الصورة[3].

الأمر الثاني: القرائن، وظواهر الحال، وغلبة الظن، ومثال ذلك: من حاز شيئاً مدة يتصرف فيه، ثم ادعاه غيره، فإنه يرجح قول الحائز في دعوى الملكية، ويكون الآخر مدعياً، لأن قوله يخالف الظاهر المستنبط من الحال الموجود، فيكلف بالبينة، فإن عجز عنها دفعت دعواه بيمين الحائز[4].

هذه هي الأمور المرجحة لجانب أحد المتداعيين عند المالكية، فيجعل مدعياً. ويبدو الأمر سهلا جداً في معرفة المدعي من المدعى عليه حسب هذا الضابط الذي وضعه المالكية، ولكن الأمر كذلك في بعض الأحوال، لا جميعها، فإن الأمر سهل إذا ما وجد في المسألة واحد من

---

(١) العرف: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول وقيل: العادة والعرف شيء واحد، وقيل: بل العرف هو عادة الجماعة، وأما العادة فتطلق على عادة الجماعة وعلى عادة الفرد، وعلى اية حال فإن العرف من الدعائم التي بني عليها الفقه، فإنه يرجع إليه في كثير من المواضيع والمسائل الفقهية: فيرجع إليه في أسباب الأحكام من الصفات الإضافية، كالصغر والكبر، والكثرة والقلة في الأقوال والأفعال في الصلاة، ولمن المثل في البيع والتعدي، ومهر المثل، والكفء في النكاح، وتعيين المفروض من المئونة والكسوة والمسكن في النفقات، واستند إليه في مقادير الحيض والطهر في الصلاة، واستند إليه في فهم الألفاظ في الأيمان، والوقف والوصية والطلاق –انظر في ذلك: المدخل الفقهي العام– مصطفى الزرقا: جـ٢ص٨٤٧، الطريقة المرضية: ص٥٢، الطبعة الثانية.

(٢) القوانين الفقهية: ص٢٨٨، العقد المنظم للحكام: جـ٢ص١٩٨.

(٣) تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٩، ١٢٠.

(٤) القوانين الفقهية: ص٢٨٨، الطريقة المرضية: ص٤٧.

هذه الأمور المصدقة يشهد لأحد الطرفين، وكان الآخر ليس له عاضد من عرف أو أصل، فيكون من ترجح قوله مدعى عليه، ومن لم يترجح قوله مدعياً، ولكن هنالك احتمالات أخرى، تحدث في الواقع بالنسبة لأحوال المتداعيين، **ونستطيع أن نتبين ثلاث صور بالنسبة لأحوالهما:**

الصورة الأولى: وهي تلك الصورة السهلة التي تقدم ذكرها، وهي بأن يوجد أحد المرجحات بجانب واحد من الطرفين، فيقوى، ويعتبر القول له، **ومن أمثلة هذه الصور ما يلي:**

- فمثال المتمسك بالأصل المطلوب في دعوى الدين، ودعوى اليتيم عدم القبض، فهؤلاء يتمسكون بأصل براءة الذمة، ومنازعوهم لا يتمسكون بشيء من الأشياء.

-ومثال المتمسك بالظاهر المستفاد من العرف، المرأة التي تدعي على زوجها ما يستعمله النساء أمثالها من أثاث البيت، كالثوب والحجاب وغير ذلك، والرجل الذي يدعي ما يستعمله الرجال من أثاث البيت، كالعباءة وغيرها[1].

الصورة الثانية: وهي أن يتجرد قول المتداعيين جميعاً عن أحد الأمور المرجحة التي تقدم ذكرها، وذلك كما إذا ادعى شخصان سلعة واحدة، وليست بيد أحدهما، ففي هذه الحال يتكافآن، ويحلفان جميعاً، وتقسم السلعة بينهما[2].

الصورة الثالثة: وفيها يتعارض أمران من تلك الأمور المصدقة: وذلك كأن يتعارض الأصل مع الظاهر المكتسب من العرف والقرائن، فالراجح عند المالكية في مثل هذه الحالة تقديم الظاهر المستفاد من العرف والمعهود، لما تقدم من قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ [الأعراف:١٩٩]، فيقدم العرف دائما إلا إذا عارضه أصل براءة الذمة، لأن هذا الأصل من أقوى الأصول الشرعية وأعمها وأرسخها بالتطبيقات الفرعية الكثيرة التي لا حصر لها،

(١) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢١، ١٢٢.
(٢) المقدمات الممهدات: جـ٤ص٣١٨.

ولذلك رأى بعض العلماء أن هذا الأصل يقدم على بقية الأصول إذا عارضه إحداها[1] ومثال هذه الصورة: أن تدعي المرأة على زوجها الحاضر أنه لم ينفق عليها، فالأصل عدم النفقة، والغالب النفقة، فيقدم الغالب، ويكون القول للزوج[2].

غير أنه يشترط في الظاهر أن تكثر أسبابه، فإن ندرت لم ينظر إليه قطعاً[3].

وهناك قول آخر في المذهب المالكي يقضي بتقديم الأصل على الظاهر، بشرط أن لا يطرد الظاهر بمخالفة الأصل، وإلا فإن الظاهر هو الذي يقدم قطعاً[4].

ويجدر بالذكر أن البحث هنا لا يتعلق بالظاهر المستفاد من البينة، إذ أننا بصدد تمييز المدعي من المدعى عليه، والبينة لا تطلب من أحد المتداعيين إلا بعد حصول ذلك التمييز، وعلى أية حال فإن الظاهر المستفاد منها مقدم على أي أصل من الأصول مهما كان قوياً[5].

الاستثناءات الواردة على المعيار السابق:

وقد خولفت القاعدة السابقة في بعض المسائل، ويدل البحث على أن الخروج عليها يكون في الغالب من أجل المحافظة على مصلحة عامة كما في المثالين التاليين:

المثال الأول: قول الأمناء في تلف الأمانات التي بين أيديهم، فإنه يقبل مع أن الأصل عدمه، لأنه أمر عارض، وإنما قبل لكيلا يزهد الناس في قبول الأمانات، فتفوت هذه المصلحة[6]، والأمين: قد يكون أميناً من جهة مستحق الأمانة، وقد يكون أمينا من قبل الشرع، كما في الوصي، والملتقط، أو من ألقت الريح في بيته شيئاً[7].

---

(١) المدخل الفقهي العام: جـ٢ص١٠٥٠.
(٢) لب اللباب: ص٢٥٥.
(٣) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٠.
(٤) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٠، ١٢١، ١٢٢
(٥) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٠.
(٦) تهذيب الفروق: جـ٤ص١٢٢، القول المرتضى في احكام القضا: ق٩ب.
(٧) تبصرة الحكام: جـ١ ص ١٢٦، القول المرتضى في أحكام القضا: ق٩ب.

المثال الثاني: قول الغاصب بتلف المغصوب، فإنه يقبل بيمينه، لضرورة الحاجة، فإنه لو لم يقبل لكان مصيره الخلود في السجن[1].

ثانياً: معايير الشافعية:

وأما المعايير التي ذكرها الشافعية في مقام التمييز بين طرفي الدعوى فهي ثلاثة:

١- أن المدعي هو المخبر بحق له على غيره[2]: وهذا مأخوذ من تعريفهم للدعوى بأنها «خبر يتضمن طلب حق من آخر» وقد قيل: إن هذا الضابط قاصر في كثير من الصور منها: ما لو ادعى المدين إبراء الدائن له، أو قضاءه للدين الذي كان عليه، فإنه لا يخبر بحق له على غيره[3]،وكذلك الأمر في جميع صور دعاوى منع المعارضة، وخصوصاً أن الشافعية يقولون بصحة هذه الدعاوى بالنسبة لجميع الحقوق، سوءا أكانت أعياناً أم ديوناً، بل قالوا بصحتها بخصوص الوظائف[4]، والمدعي فيها لا يدعي حقاً على غيره، وإنما يدعي تعرضاً على حقه، ويطلب منع هذا التعرض.

٢- وذكروا أيضاً أن المدعي: هو من لا يجبر على الخصومة[5]، وهذا مأخوذ من أن الدعوى تصرف إرادي يختص بالمدعي، وليس واجباً مفروضاً عليه، وهو معيار يصدق على جميع الصور والوقائع، وقد تقدم تفصيل الكلام فيه[6].

٣- وذهب معظم فقهاء الشافعية إلى أن المدعي: هو من يلتمس خلاف الظاهر،

---

(١) انظر المرجعين السابقين.

(٢) رسالة عبدالكريم المرعشي: ق١٨٦ب.

(٣) المرجع السابق.

(٤) أدب القضاء -الغزي: ق٥ب.

(٥) الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٣ب، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي: جـ٢ص٢٦٠ مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، رسالة عبدالكريم المرعشي ق١٨٦ب.

(٦) انظر صفحات ١٧٧و ١٧٨و ١٧٩.

والمدعى عليه: هو من يتمسك بالظاهر[1].

هذا والظاهر عند الشافعية نوعان[2]:

الأول: الظاهر بنفسه: وهو أقوى أنواع الظاهر عندهم، وهو ما يكون مستفاداً من الأصول، وذلك كالظاهر المستفاد من البراءة الأصلية: براءة الذمم من الحقوق، والأجساد من العقوبات، وبراءة الإنسان من الأفعال والأقوال جميعها[3].

الثاني: الظاهر بغيره: وهو ما يستفاد من أحد أمرين: الأمر الأول: العرف والعوائد، والأمر الثاني: القرائن ودلائل الحال.

وإذا تعارض الظاهر بنفسه مع الظاهر بغيره، فغالباً ما يقدم الشافعية الأول ويكون الذي يدعي خلافه مدعياً يكلف بالبينة إن لم يقر خصمه، والآخر مدعى عليه، القول قوله[4]، ومثال ذلك: أن المرأة لو ادعت على زوجها الحاضر أنه لا ينفق عليها، فالأصل يقضي بعدم الإنفاق، والظاهر المستفاد من قرائن الأحوال يقضي بأنه ينفق عليها، والشافعية يقدمون الأول على الثاني في هذه المسألة ويكون القول قول المرأة، والبينة على الزوج، وهذا بخلاف

---

(١) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي: جـ٢ص٢٦٠،المنهاج ومغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ ، قواعد الأحكام: جـ٢ص٣٢، شرح المحلي على المنهاج: جـ٤ص٣٣٦، عماد الرضا: ق٣أ، نيل الأوطار: جـ٨ص٣١٦، حاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠١، جواهر العقود: جـ٢ص٤٩٦.

(٢) انظر هذا التقسيم في رسالة لعبدالكريم المرعشي مخطوطة بدار الكتب رقم ٤ مجاميع ق: ق١٨٦ب. هذا ويطلق الشافعية كثيراً لفظ «الأصل» على النوع الأول، وعندئذ إذا ذكروا الظاهر في مقابلة الأصل كان المقصود بالظاهر النوع الثاني، وهو الظاهر بغيره -انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٧٠-٧١،ولكن «الظاهر» الذي ذكروه في تعريف المدعي والمدعى عليه المتقدم يقصد به كلا الأصل والظاهر، أو قل الظاهر بنفسه والظاهر بغيره، فهم في التعريف استعملوا لفظ الظاهر بمعناه العام الشامل للأصل وللظاهر بغيره.

(٣) قواعد الأحكام: جـ٢ص٣٢، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٤) ذكر السيوطي أن الأصل «الظاهر بنفسه» يقدم على الظاهر في كثير من المسائل وإن الظاهر يقدم على الأصل في مسائل أخرى بلا خلاف عند الشافعية، وهناك بعض المسائل اختلف فيها ترجيح واحد من الإثنين -انظر: الأشباه والنظائر ص٧١، طبع دار احياء الكتب العربية.

ما ذهب إليه المالكية حيث يجعلون القول للزوج[1].

أما إذا تعارض ظاهران في قوة واحدة، كأن يكونا مستفادين من أصل واحد، أو من أصلين في قوة واحدة، كان كل واحد منهما مدعياً مكلفاً بالبينة، فقد ورد في كتاب «الأم» للشافعي ما نصه (إذا ادعى رجل على رجل أنه إكراه بيتاً من دار، شهراً بعشرة وادعى المكتري أنه اكترى الدار كلها ذلك الشهر بعشرة، فكل واحد منهما مدعٍ على صاحبه، وعلى كل واحد منهما البينة)[2].

مقارنة بين معيار المالكية ومعيار الشافعية:

يظهر مما تقدم أن الشقة ليس بعيدة بين المعيار الذي قال به المالكية من أجل التمييز بين المدعي والمدعى عليه، والمعيار الذي قال به معظم فقهاء الشافعية، بل إنهما يكادان يتحدان، والخلاف بينهما منحصر في التطبيق، وذلك عندما يتعارض أمران من أمور الظاهر: فالشافعية يرون الأصل أقوى منابع الظهور غالباً، والمالكية يرون أن دلائل الحال من عرف وقرائن أقوى من ذلك، وكل منهما قدم الأقوى في نظره، وجعل مخالِفهُ مدعياً، وعليه البينة، والحق أن خلافهم هذا ليس خلافاً في المعيار، وإنما هو في قواعد كلية تعود إلى مدى قوة كل من الأصل والعرف والقرائن.

ثالثاً: معيار الزيدية:

وقد تبنى تلك الوجهة في التمييز بين طرفي الدعوى فقهاء المذهب الزيدي من الشيعة، حيث عرفوا المدعي بأنه: من معه أخفى الأمرين[3] وهو من يدعي خلاف الظاهر، فيطلب بدعواه أخذ شيء من يد غيره، أو إلزامه حقاً لا يلزمه من جهة الظاهر، أو إسقاط حق ثابت عليه في الظاهر، كأن يدعي إيسار قريبه العسر، لإسقاط النفقة عنه، فجنبته أضعف الجنبتين،

---

(١) لب اللباب:ص٢٥٥.

(٢) الأم: جـ٦ص٢٤١.

(٣) ذكر في تفسير «الأمرين» أنهما «الظاهر والخفي» والظاهر هو الشيء المدعى فيه، والخفي هو الدعوى لأنه يدعي شيئاً ليس يلزم في الظاهر – التاج المذهب: جـ٤ص٣.

فيكلف أقوى الحجتين، وهي البينة، والمدعى عليه عكسه، وهو من معه أظهر الأمرين[1].

وهناك من الزيدية من عرف المدعي بمثل تعريف الحنفية السابق فقال: المدعي هو من يخلى وسكوته، والمدعى عليه من لا يخلى وسكوته[2].

موازنة بين الاجتهادين السابقين:

لا شك أن المقصود الأول من اجتهاد الفقهاء في وضع معيار شامل، يحدد به من هو المدعي، ومن هو المدعى عليه هو إعانة القضاة على حل أهم مسائل القضاء، وهي معرفة من هو المكلف بالبينة، ومن هو صاحب القول في القضية بيمينه، وبالتالي الوصول إلى الحق ورده لأصحابه، وليس الهدف الأصلي من ذلك هو مجرد وضع تعريفات لكل من طرفي الدعوى[3]، وعلى هذا فإن أياً من الاجتهادين السابقين يوصل إلى ذلك الهدف بيسر وأقل كلفة ومشقة، فهو الأصلح في التطبيق العملي، ولعل الاجتهاد الأول، وهو ما **ذهب إليه جمهور فقهاء الحنفية أجدى في تحقيق ذلك الهدف، لما يلي:**

١- أن معرفة المدعي والمدعى عليه بالنظر إلى قوة جانب كل منهما يحتاج أولا: إلى الإلمام بجميع الأصول الشرعية، لأن أحدها قد يكون سندا لواحد من طرفي الدعوى، فينبغي أن يكون القاضي على علم به، ليعرف من هو مخالفه، ومن هو موافقه، كما يحتاج أيضاً إلى معرفة الأعراف السائدة، ودلائل الحال الخاصة بأشخاص الدعوى، والعامة المتعلقة بالعوائد والأحوال الاجتماعية، وثانياً يحتاج إلى معرفة قواعد الترجيح عند تعارض بعض هذه الأمور المرجحة، وإلا فإنه قد يرجح جانب من لا يستحق ذلك، فيجعل القول له، ويكن القول للآخر في واقع الأمر، فيضيع الحق.

---

(١) البحر الزخار: جـ٤ص٣٨٥، ٣٨٦، التاج المذهب: جـ٤ص٣، ٤.

(٢) انظر المرجعين السابقين.

(٣) انظر رأياً قريباً من هذا نقله محمّد صادق بحر العلوم في «دليل القضاء الشرعي»: جـ٢ص٥٤ عن المرحوم السيد محمّد كاظم الطباطبائي.

٢- إنه في كثير من التطبيقات الفرعية يتعارض كثير من تلك المرجحات، بعضها مع بعض، ويصعب الترجيح، ولعل هذا هو السبب في أنه ينتج عن هذا التعارض أكثر من رأي في المسألة الواحدة[١]، بل إن الأصول في الأشياء المختلفة غير متفق عليها بين الفقهاء، وهذه الآراء المتعددة ربما تربك القاضي في معرفة وجه الحق.

٣- يضاف إلى ذلك أن الضابط الذي تبناه جمهور فقهاء الحنفية مشتق من إحدى خصائص الدعوى التي لا ينازع فيها أحد من الفقهاء، وهي أنها تصرف مباح مرتبط بإرادة صاحبه، يقوم به متى شاء بالشروط الشرعية المطلوبة، ثم إنه ضابط لا يكلف مستعمله من القضاة والحكام أي شيء مما ذكر عن المعيار الذي اتخذه جمهور المالكية والشافعية، بل ليس على القاضي -ليعرف من هو المدعي- إلا أن يفترض في ذهنه أن أحد المتخاصمين قفل راجعا بعد أن حضرا مجلسه، والآخر ظل مصراً على كلامه الذي قاله، فإن ترتب على هذا الفرض وجوب صرف هذا الآخر الذي لم يرجع، لأنه لا حق له يطلبه من غيره كان ذلك الذي رجع مدعياً، والآخر مدعى عليه[٢].

ومن جهة أخرى فإن معيار الحنفية عام وشامل، وقد ظهر عدم صحة ما وجه إليه من

(١) انظر: القواعد -ابن رجب الحنبلي: ص٣٢٥، ومن المسائل التي تعارض فيها مرجحان،واختلف فيها بناء على ذلك في تمييز المدعي من المدعى عليه مايلي:

- مكري دار زعم بعد اتفاقه مع المكتري أنها انهدمت شهرين من مدة الإيجار، وزعم المكتري أن مدة الهدم ثلاثة أشهر، ففي هذه المسألة: ان قيل: الأصل براءة ذمة المكتري من المطالبة والغرامة،واستصحبنا ذلك، كان المكتري هو المدعى عليه والقول قوله، وإن قيل: ان عقد الكراء أوجب ديناً في ذمة المكتري: وهذا يدعي اسقاط بعضه، فلا يصدق ويكون مدعياً، والمكري مدعى عليه، استصحاباً لحال كون الكراء ديناً في ذمته، واستصحاباً لكون الدار صحيحة.
- وكذلك الحال فيمن قبض من رجل دنانير، فلما طالبه بها دافعها، زعم أنه قبضها سداداً لسلف كان أسلفه لدافعها، فقال دافعها:بل أنا أسلفتك اياها، وما كنت اسلفتني شيئاً، فإن استصحبنا كون الدافع برئ الذمة من سلف هذا القابض صدقنا الدافع وكان هو المدعى عليه السلف الذي الأصل عدمه، وإن اعتبرنا حال القابض وان الأصل أيضاً فيه براءة ذمته، فلا يؤاخذ بأكثر مما أقر به، كان هو المدعى عليه، القول قوله- انظر هاتين المسألتين في تبصرة الحكام: جـ١ ص ١٢٤.

(٢) تبصرة الحكام: جـ١ص١٦.

الانتقادات فيما تقدم[1]، ولهذا يقول الشوكاني[2]: إن هذا المعيار أسلم ما ذكر، مع أن معيار المالكية والشافعية أشهر منه[3].

لهذه الأسباب كلها نرى أن المعيار الذي تبناه معظم فقهاء الحنفية وبعض علماء المذاهب الأخرى هو أكثر الضوابط تحقيقا للغاية المنشودة بالبحث عن معيار يميز بواسطته بين المدعي والمدعى عليه، ولكننا لا نرى أبداً أن يهمل القاضي بقية المعايير ويعتمد على واحد فقط، بل يستعين بالجميع.

والواقع العملي يكشف عن أن هذين المعيارين يؤديان في كثير من الفروع إلى نتائج واحدة، اللّهم إلا في بعض الفروع المعدودة التي ذكروا منها: قضية الزوجين الكافرين اللذين اسلما قبل وطء، فقال الزوج: أسلمنا معاً، فالنكاح باق بيننا، وقالت المرأة: بل أسلمنا بالترتيب، فلا نكاح بيننا، فقد قالوا: إن ما قاله الزوج خلاف الظاهر المستفاد من الغالب، لأن الغالب وقوع إسلامهما مرتباً، لامعاً، فهو المدعي بناء على المعيار الذي تبناه جمهور المالكية والشافعية، ولكنه لو سكت عن ذلك لأجبر على الخصومة، فهو المدعى عليه بناء على المعيار الذي تبناه جمهور الحنفية، فعلى الأول تحلف المرأة ويرتفع النكاح، وعلى الثاني يحلف الزوج ويبقى النكاح[4].

---

(١) انظر ص١٦٣.

(٢) هو محمّد بن علي الشوكاني الصنعاني (١١٧٢-١٢٥٠هـ) أما مجتهد من هجرة شوكان باليمن لم يجتمع لغيره من أهل عصره من سعة التبحر في سائر الفنون، ومن أشهر مؤلفاته «نيل الأوطار» في الحديث، و«فتح القدير» في التفسير.

(٣) نيل الأوطار:جـ٨ص٣١٦.

(٤) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي: جـ٢ص٢٦٠، ٢٦١، المنهاج ومغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، شرح المحلي على المنهاج: جـ٤ص٣٣٦، حاشية الباجوري: جـ٢ ص٤٠١، غير أن الأظهر من الأقوال عند الشافعية في المسألة المذكورة أن القول قول الزوج، ولم يعتبروا ذلك خروجاً على معيارهم السابق، بل أكدوا أنه يقتضيه، لأن الأصل في المسألة المذكورة بقاء النكاح، فيقع تعارض بين الأصل والظاهر المستفاد من العادة والغالب، فيرجح عندهم الأصل على الظاهر، وبناء عليه يكون الزوج هو المدعى عليه- انظر في ذلك: الأشباه والنظائر- السيوطي: ص٧٢ طبع دار احياء الكتب العربية، ومغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٤ طبع الحلبي، سنة ١٣٧٧هـ، وحاشية الباجوري: جـ٢ص٤٠١.

وعلى أية حال، فإن هذه الفرعيات نادرة، فالمساران متقاربان من حيث النتائج ولكن معيار الحنفية أخصر طريقاً، وأسهل تطبيقاً، ويتمكن أي قاض من استعماله، والآخر أطول طريقاً، وأعسر تطبيقاً على من يريد استعماله للتمييز بين طرفي الدعوى.

الاجتهاد الثالث:

وذهب كثير من الحنابلة وبعض علماء المذاهب الأخرى إلى اشتقاق تعريف المدعي والمدعى عليه من تعريف الدعوى نفسها، وكأنهم يقولون: المدعي هو فاعل الدعوى، والمدعى عليه هو من توجهت ضده الدعوى، **ولذلك قالوا:**

١- المدعي: هو من يضيف إلى نفسه استحقاق شيء على الآخر، والمدعى عليه: هو من يضاف استحقاق شيء عليه[١].

٢- وقالوا: المدعي: هو من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، والمدعى عليه: من يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه[٢].

٣- وقالوا أيضاً: المدعي: هو من يخبر بحق له على غيره[٣].

٤-وقال بعضهم: المدعي: هو من يشهد بما في يد غيره لنفسه[٤].

٥- وقال آخرون: المدعي: هو من يلتمس قبل غيره لنفسه عيناً أو ديناً أو حقاً، والمدعى عليه: هو من يدفع ذلك عن نفسه[٥].

٦- وقيل: المدعي: هو من يخبر عما في يد غيره لنفسه، والمدعى عليه: هو من يخبر عما

---

(١) المغني لابن قدامة: جـ٩ص٢٧٢.
(٢) كشاف القناع: جـ٤ص٢٢٧.
(٣) رسالة عبدالكريم المرعشي: ق٦١٨ب، قرة عيون الأخيار،جـ١ص٣٧٣.
(٤) تبيين الحقائق: جـ٤ص٢٩١.
(٥) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٤، الأصول القضائية: ص٦.

في يد نفسه لنفسه[1].

هذه المعايير -كما يرى- جميعها مشتق من تعريفات الدعوى المختلفة، والتي تقدم ذكرها بالتفصيل في الفصل الثاني من التمهيد، ولكنها كثيراً ما تقصر في وضع الحدود الفاضلة بين المدعي والمدعى عليه، وكثير منها يختص ببعض أنواع الدعاوى، كما في التعريفين الرابع والسادس، فإنهما لا يتناولان إلا ما يتعلق بدعاوى العين فقط.

الاجتهاد الرابع:

وذهب بعض علماء الشيعة الإمامية إلى أن المدعي والمدعى عليه من الألفاظ التي لم تثبت لها حقيقة شرعية، ولا قرينة على إرادة معنى مجازي خاص، ولذلك وجب الاعتماد في التمييز بينهما على العرف، كسائر الألفاظ التي لم تثبت لها حقيقة شرعية، حيث يعتبر العرف في تبين معانيها، وقد انتقد هؤلاء ما وضع من المعايير العامة في هذا الشأن، لأن مدار المدعي والمدعى عليه عرفاً -كما يقول هؤلاء- ليس هو على من يقدم قوله بيمينه، ومن يطلب منه البينة، فإنه قد يكون الشخص مدعياً عرفاً، ويقبل قوله بيمينه، ولأن المدعي عرفاً قد يصدق على من يوافق كلامه الأصل والظاهر، بل ولا يترك إذا ترك[2].

واالجواب عن ذلك مبني على الحقائق التالية:

١- لقد ورد عن رسول اللّه ﷺ أنه قال: (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)[3]، وفي هذا الحديث الشريف بيان أن المدعي غير المدعى عليه، لأنه ﷺ ميز بينهما،

---

(١) انظر المرجعين السابقين.

(٢) انظر هذا الرأي في كتاب جواهر الكلام: جـ٦ص٣٨٠، ٣٨١،وقد أشار إليه -في جملة الأقوال في تعريف المدعي- السيد محمّد كاظم الطباطبائي، وانتقده في كتاب «القضاء» من «العروة الوثقى»- نقل ذلك عنه في كتاب «دليل القضاء الشرعي»: جـ٢ص٥٤.

(٣) هذا الحديث بهذا اللفظ روي من عدة طرق في كثير منها مقال: فقد رواه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول اللّه ﷺ، وقال عنه: هذا حديث في اسناده مقال، وأخرجه الدارقطني بسند فيه الحجاج بن أرطأة،وهو ضعيف، غير أنه أخرجه عن أبي حنيفةعن حماد عن =

وذلك تنصيص على المغايرة، كما في قول رسول الله ﷺ (الولد للفراش وللعاهر الحجر)[1]، فإنه تنصيص على أن العاهر غير صاحب الفراش[2]، وهذه المغايرة بينهما في المفهوم مستنبطة من المغايرة بينهما في الأحكام، حيث جعل رسول الله ﷺ البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، هذا ولما كان كل منهما وصفاً مشتقاً، وقد ترتبت تلك الأحكام عليهما، فإن العلة -كما هو معروف عند كثير من علماء الأصول- تكون في هذه الحال هي مادة الاشتقاق[3]، فتكون علة وجوب البينة على المدعي كونه مدعياً، وكذلك تكون علة جعل القول للمدعى عليه بيمينه عند عدم البينة هي كونه مدعى عليه.

ومن المعلوم أن الأعراف تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة، ولربما من كان يعتبر مدعياً في

إبراهيم عن شريح عن عمر عن رسول الله ﷺ، وعلى أية حال فإن الشطر الثاني من الحديث المذكور في الكتب الستة رووه عن ابن عباس-واللفظ لمسلم- أن رسول الله ﷺ قال: (لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال واموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه).

أخرجه البخاري في «الرهن وفي الشهادات ـ وفي التفسير» ، ومسلم وأبو داود والنسائي في «القضاء» والترمذي وابن ماجه في «الأحكام» ـ انظر الجامع الصحيح : جـ ٣ ص ٦٢٦، ٦٢٧، سنن ابن ماجه: جـ٢ ص ٧٧٨، سنن الدارقطني : جـ ٣ ص ١١٠، مسند الإمام أحمد: جـ ١٥ ص٢١٥ ، جامع مسانيد أبي حنيفة: جـ ٢ ص ٢٧٠، بدائع المنن: جـ ٢ ص ٢٣٣ ، أحكام الأحكام لابن دقيق العيد: جـ ٤ ص ١٧٤، مصابيح السنة: جـ ٢ ص ٥٠، سبل السلام: جـ ٤ ص ١٧٩، نصب الراية : جـ ٤ ص ٣٩٠، ٣٩١ ، بغية الألمعي : جـ ٤ ص ٣٩٠. وهذا اللفظ الأخير المتفق عليه صحته وإن كان لم ينص على الشطر الأول من الحديث المذكور في المتن ، إلا أنه يتضمنه، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله: (لو يعطى الناس بدعواهم) يخبر بأن المدعي لا يُكتفى بدعواه في الحكم له ، ومعنى هذا أن عليه شيئاً آخر يجب عليه أن يدعم به دعواه ، ولا يشك في أن هذا الشيء هو البينة أو الحجة الشرعية.

(١) الموطأ: ص٤٦٠، ٤٦١ طبعة الشعب، سنن أبي داود مع معالم السنن: جـ٣ص٢٧٨، بدائع المنن: جـ٢ص٣٩٩، سنن الدارمي: جـ٢ص٧٥، حلية الأولياء: جـ٢ص١٦٧، السنن الكبرى: جـ١٠ص١٥٠، أحكام الأحكام لابن دقيق العيد: جـ٤ص٧٠، موارد الظمآن الى زوائد ابن حبان: ص٣٢٥، المنتقى لابن الجارود: ص٣٣٤، وقد رواه بعضهم عن عائشة وآخرون عن أبي هريرة.

(٢) انظر المبسوط: جـ٧ص٢٩.

(٣) انظر: الأحكام في أصول الأحكام للآمدي: جـ٣ص٤١: مطبعة محمّد علي صبيح، فقد جاء فيه (أن من مسالك اثبات العلة أن يفرق الشارع بين أمرين في الحكم بذكر صفة، فإن ذلك يشعر بأن تلك الصفة هي علة التفرقة في الحكم، حيث خصصها بالذكر دون غيرها، فلو لم تكن علة لكان ذلك على خلاف ما أشعر به اللفظ، وهو تلبيس يصان منصب الشارع عنه).

عصر من العصور أو مكان ما يكون مدعى عليه في زمان آخر، أو مكان آخر، فيترتب على ذلك الرأي أن من كان مكلفاً بالبينة في عصر من العصور، أو مكان من الأمكنة، يصبح القول له بيمينه في عصر آخر أو مكان آخر، وفي هذا تناقض ظاهر، وتغيير للعلل الثابتة شرعا، فتعين بذلك أن المدعي في الحديث الشريف له معنى شرعي معين، وخصائص معينة، وكذلك المدعى عليه.

وليس لهم أن يقولوا: إن الحكم غير مرتبط بكون المدعي مدعياً، ولا كون الآخر مدعى عليه، ولذلك قد يكلف المدعى عليه بالبينة، والمدعي باليمين، لأن هذا مناقض للحديث الشريف، فيكون باطلاً، أما إذا حمل قولهم السابق على المعنى العرفي فصحيح، ولكن لا يلزم أبداً أن يتوافق المعنيان: العرفي والشرعي لكل من المدعي والمدعى عليه.

وإذا ثبت أن المدعي المقصود بالحكم المذكور في الحديث الشريف له معنى شرعي فإن هذا يؤيد اتجاه أولئك العلماء الذين اجتهدوا في البحث عن معرفة هذا المعنى الشرعي للمدعي والمدعى عليه.

٢- ومن جهة أخرى فإن أولئك الفقهاء الذين حاولوا اكتشاف معيار يساعد القضاة على تمييز المدعي الذي يكلف بالبينة من المدعى عليه الذي يكتفى بيمينه لم يستهدفوا من وراء محاولتهم بيان معنى اللفظ اللغوي أو مفهومه العرفي، وإنما استهدفوا من ذلك بيان مصاديقه في محلها، فلا وجه لأن يورد على ما وضعوه من ضوابط بأنه لم يثبت حقيقة شرعية في لفظ المدعي، ولا مجاز شرعي[1].

الفائدة المترتبة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه:

١- إن أهم ما يستفاد من معرفة المدعي والمدعى عليه هو تعيين الطرف الذي يقع عليه

---

(١) أشار إلى وجهة النظر هذه السيد محمّد كاظم الطبطبائي في «العروة الوثقى» «انظر دليل القضاء الشرعي: جـ٢ص٥٤.

عبء الإثبات، والطرف الذي لا يكلف إلا باليمين عند عدم وجود بينة تشهد للطرف الأول، وهذا الأمر هو مدار القضاء وعموده، إذ بعد تحققه لا يبقى على القاضي إلا تطبيق القواعد المعروفة في البينات والترجيح، وقد روي عن سعيد بن المسيب[1] انه قال: (أيما رجل عرف المدعي من المدعى عليه، لم يتلبس عليه ما يحكم بينهما)[2].

وإنما جعلت البينة على المدعي، لأن جانبه ضعيف، إذ هو يريد تغيير الحال المستقر بما يزعمه، فهو المهاجم، فاقتضى منطق الأشياء أن يعتمد على سلاح أقوى من ذلك الذي يختص به المدعى عليه، ولم يكلف المدعي بالبينة لأنه هو البادئ في إثارة الخصومة لدى القضاء، وإنما لكونه مهاجماً لوضع مستقر، يعتمد في استقراره على ظاهر أو أصل أو أي سبب من الأسباب المرجحة[3]،وفي هذا يقول ابن رشد[4] في كتابه «المقدمات الممهدات» ما نصه: فالمعنى الذي من أجله كان القول للمدعى عليه، هو أن له سبباً يدل على صدقه دون المدعي في مجرد دعواه، وهو كون السلعة بيده، إن كانت الدعوى في شيء بعينه، أو كون ذمته بريئة على الأصل في براءة الذمم، إن كانت الدعوى فيما في ذمة، والمعنى الذي وجب من أجله على المدعي إقامة البينة على دعواه هي تجرد دعواه من سبب يدل على صدقه فيما

---

(١) هو سعيد بن المسيب المخزومي أبو محمّد المدني (١٥-٩٣هـ): رأس علماء التابعين، وفاضلهم وفقيههم، قال قتادة: ما رأيت أعلم بالحلال والحرام منه -خلاصة التذهيب: ص١٢١.

(٢) المقدمات الممهدات لابن رشد: ج٢ص٣١٨.

(٣) وفي هذا يقول الشيخ الاستاذ مصطفى الزرقا: (وكون البينة لاثبات خلاف الظاهر هوالمعقول، لان الظاهر ثابت بنفسه مع احتمال خلافه، فهذا الاحتمال يحتاج إلى مرجح، وذلك المرجح هو البينة، فمن كان الظاهر شاهداً لقوله لا يحتاج إلا سلاح آخر يدفع به خصمه، فيكلف خصمه حينئذ أن يأتي إن استطاع ببرهان أقوى من حجة خصمه، لكي يثبت به تغير حالة الأصل العامةالتي تذرع بها خصمه للدفاع عن نفسه،ويؤكد حدوث خلافه، وهذا يوجب أن تكون البينة ملقاة على عاتق المدعي المهاجم، لا المدعي عليه المدافع، وهذه قاعدة في الشرح سائدة، وقد تقبلتها الشرائع الوضعية الحديثة، وتطبق تطبيقاً عاماً في سائر الخصومات) -المدخل الفقهي العام: ج٢ص١٠٥٤.

(٤) هو محمّد بن أحمد بن محمّد بن رشد المالكي القرطبي (٤٠٥-٥٢٠هـ): زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب، عرف بصحة النظر وجودة التأليف ودقة الفقه، كثير التصانيف، ومن اهمها كتاب «البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل» الديباج المذهب: ص٢٧٨.

يدعيه)[1].

٢- ومن الفوائد المترتبة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه تعيين المحكمة المختصة بنظر القضية، وهذا الكلام صحيح بالنسبة لجميع الاجتهادات، فيما يتعلق بهذه المسألة، سواء أكانت تعتبر المحكمة المختصة بنظر الدعوى محكمة مكان المدعي أم مكان المدعى عليه، أم المكان الذي يختاره أحدهما، وسوف يأتي تفصيل هذه المسألة في المبحث القادم إن شاء اللّه تعالى.

أطراف الدعوى عند أهل القانون:

من المقرر عند علماء المرافعات القانونية -كما هو الحال في الفقه الإسلامي- أنه يفترض في كل دعوى مرفوعة أمام القضاء وجود طرفين فيها، هما: المدعي والمدعى عليه[2]، وكل واحد منهما قد يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، وقد يكون واحداً أو متعدداً[3].

ولكنهم بالرغم من أنهم رتبوا على التمييز بين المدعي والمدعى عليه أحكاما هامة -سنذكرها بعد قليل- إلا أنهم لم يجتهدوا كثيراً في وضع ضوابط ومعايير يستعين بها القاضي من أجل التمييز بينهما. والظاهر -مما وقع تحت أيدينا من كتابتهم في هذا الموضوع- أنهم يعتمدون في التمييز بينهما على ما هو متعارف عليه، أو على المتبادر إلى الذهن من معنى للمدعي والمدعى عليه، ولذلك قالوا: إن المدعى هو الشاكي، أو البادئ في الخصومة والمدعى عليه هو المشكو منه ابتداء، المراد الحكم عليه[4].

والحق أن هذا الذي ذهب إليه بعض علماء المرافعات لا يصلح للكثير من الأحكام

---

(١) المقدمات الممهدات: جـ٢ص٣١٦، ٣١٧.
(٢) الوجيز في أصول المحاكمات المدنية -رزق اللّه انطاكي: ص٢٧٩.
(٣) أصول المرافعات- أحمد مسلم: ص٣٠٨، الوجيز في أصول المحاكمات- انطاكي ص٢٧٩.
(٤) أصول المرافعات- أحمد مسلم: ص٣٠٩، الوجيز في المرافعات المدنية -عبدالمنعم الشرقاوي ص٣٠٣، ٣٠٤.

القانونية المترتبة على أساس التمييز بين المدعي والمدعى عليه: فمن المقرر مثلاً أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، وهذا تكليف ثقيل ينبغي أن يوضع في محله، وذلك الذي ذكروه في تعريف المدعي والمدعي عليه يقصر عن تعيين محل هذا الحكم، لأن المنطق القانوني، والذي صرح به بعض علماء المرافعات يقضي بأن يكون عبء الإثبات ملقى على عاتق من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو الثابت[1]، وهذا الذي يدعي خلاف الأصل أو الظاهر قد لا يكون هو البادئ بالخصومة، كما هو الحال في جميع الدفوع، والمشكو منه قد يكون هو الذي خالف قوله الظاهر والأصل، فوجب عدم الركون إلى المتبادر من لفظي المدعي والمدعى عليه، وفي ذلك يقول أحدهم (بحسب الظاهر لا يوجد إشكال في التفريق بين المدعي والمدعى عليه، لأن المدعي هو من يقيم الدعوى والمدعى عليه هو خصمه المطلوب الحكم عليه، غير أن العبرة للمعاني دون الصور، فكثيراً ما تنقلب الحالة أثناء المرافعة والدفوع التي يوردها الطرفان، فيصبح المدعى عليه مدعياً، وهذا التفريق بينهما واجب، لتعيين حال كل منهما، ومعرفة ترجيح البينة وتوجيه اليمين)[2].

ولو أن القضاء -في أيامنا- استنار بتلك الضوابط الفقهية الإسلامية في تحديد المدعي والمدعى عليه، لكان أقرب تحقيقاً للعدل بين المتنازعين، **لما لهذا التحديد من أهمية تظهر فيما يلي من الأحكام:**

١- أن المشرع قد ألقى عبء الإثبات على المدعي دون المدعى عليه، فكلفه بالبدء في إقامة البرهان على ما يدعيه، فإن عجز فليس على المدعى عليه إلا اليمين[3].

٢- المدعي هو الذي يتحمل مصاريف الدعوى، إذا قضي فيها بعدم الاختصاص أو

---

(١) أصول المرافعات - أحمد مسلم: ص٥٩٠.

(٢) اصول المحاكمات الحقوقية -فارس الخوري: ص١٣٥.

(٣) الوجيز في أصول المحاكمات المدنية-انطاكي: ص٢٧٩، الوجيز في المرافعات المدنية -عبد المنعم الشرقاوي: ص٣٠٤.

ببطلان صحيفتها، أو بعدم قبولها، أو برفضها[1].

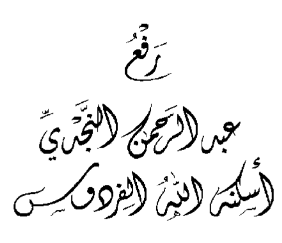
٣- كما يفيد التمييز بينهما في تحديد المحكمة المختصة محلياً في نظر الدعوى، فقد نصت المادة التاسعة من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أن يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

٤- وكذلك فإن غياب المدعي يخضع لقواعد تختلف عن قواعد غياب المدعى عليه[2].

---

(١) انظر المرجعين السابقين.

(٢) الوجيز في أصول المحاكمات المدنية -رزق الله انطاكي: ص٢٨٠.



المبحث الرابع
في
مكان الدعوى

إن الكلام في «مكان الدعوى» يقتضينا البحث في موضوعين هما:

الأول: مجلس القضاء من حيث صفاته وشروطه.

الثاني: القاضي المختص بنظر الدعوى.

وسيكون ذلك في مطلبين نبحث في كل واحد منهما أحد الموضوعين المذكورين.

المطلب الأول
في مجلس القضاء

الأصل أن جميع الأمكنة والأزمنة صالحة لتلقي المتنازعين والنظر في خصوماتهم شرعاً، وليس منها شيء يحرم فيه ذلك، إلا إذا ترتب عليه إهدار واجب، أو فعل محرم من المحرمات، كما لو شرع القاضي ينظر في القضية في وقت صلاة الجمعة، أو كما لو استخدم ملك إنسان محرم، من أجل القيام بإجراءات التقاضي فيه من غير الحصول على إذنه.

ولكن لما كان للقضاء هدف عظيم يتوقف على القيام به بحقه رضاء اللّه تعالى، وعمران الأمم، فقد نص الفقهاء على صفات وخصائص استحبوا توفرها في الأماكن التي يخصصها ولي الأمر للقضاء، ويمكن إرجاع هذه الصفات **والخصائص إلى أمرين:**

الأمر الأول: أن تكون بحيث توفر التيسير على جميع الناس في الوصول إليها، والاهتداء إلى موضعها، بحيث يتوخى العدل والإنصاف بين الناس جميعاً فيما يبذلونه من جهد للوصول إليها بقدر الإمكان[1].

الأمر الثاني: أن تكون بحيث توفر الاستقرار النفسي والراحة الجسدية للناس الذين يقصدونها للتقاضي، والقضاة الذين يتخذونها مجلساً دائماً لأجل القيام بوظائفهم.

ومما ينبني على الأمر الأول:

أن يكون مجلس القضاء في وسط البلد الذي يختص به، بحيث يصل إليه كل قاصد للتقاضي مع غريب أو متوطن، فلا يجلس القاضي في طرف مستتر من أطراف البلد[2].

واستحبوا أيضاً أن يكون مجلس القضاء بارزاً، فلا يجلس القاضي في كن كنين، ولا موضع مستتر غير مشهور، حتى ولو أقام على بابه من يأذن للناس بالدخول عليه، لأنه لا يظهر جلوسه به، ولا يهتدي إليه الغرباء، وينبغي أن لا يكون دونه حجاب، ليهتدي إليه من يريد الادعاء، سواء كان صغيراً أو كبيراً، ذكراً أو أنثى، قوياً أو ضعيفاً، دنيئاً أو شريفاً، متوطناً أو غريباً، مسلماً أو كافراً[3]، ولعل الحكمة من ذلك أن ولوج باب القضاء في الأصل ثقيل على النفوس، فإذا أضيف إليه مشقة البحث عن مكانه، فربما عزف كثير من الناس عن المطالبة بحقوقهم، وآثروا القبول بالهضم على تكلف المشقة والحرج في البحث عن القاضي ومكانه.

واستحب بعضهم أن يكون موضوع جلوس القاضي مشرفاً، كدكة ونحوها ليسهل عليه

---

(١) مغني المحتاج: جـ٤ص٣٨٧ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٢) درر الحكام وحاشية الشرنبلالي عليه: جـ٢ص٤٠٦، فتح العزيز: جـ١٧ق٥٦ب، ٥٧أ، المنهاج ومغني المحتاج، جـ٤ص٣٨٧ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٣) القوانين الفقهية: ص٢٨٤، أسهل المدارك: جـ٣ص١٩٩، المهذب: جـ٢ص٢٩٣ طبع دار احياء الكتب العربية، فتح العزيز: جـ١٧ق٥٦ب، ٥٧أ، المنهاج ومغني المحتاج: جـ٤ص٣٩٠ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ. الفروع: جـ٣ص٧٩٣.

النظر إلى الناس، ويسهل على الناس المطالبة بحقوقهم[1].

حكم اتخاذ البواب والحاجب على باب مجلس القضاء:

ذهب كثيرون إلى أنه يكره ذلك، إذا لم تكن زحمة وقت الحكم[2]،لما ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال: (من ولاه الله من أمر الناس شيئاً فاحتجب عن حاجتهم وخلتهم وفاقتهم، احتجب الله يوم القيامة عن حاجته وخلته وفاقته)[3]، ولما ورد في صحيح البخاري[4] أن رسول الله ﷺ لم يكن له بواب[5]، ولما ورد عن الحسين رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ كان لا يغلق دونه الأبواب، ولا يقوم دونه الحجبة[6].

وذهب آخرون إلى جواز اتخاذ الحاجب، لما ورد عن أبي موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه أنه كان بواباً للنبي ﷺ لما جلس على السقف[7]، ولأنه لو لم يفعل ذلك، ودخل

---

(١) فتح العزيز: جـ١٧ق٧٥أ مغني المحتاج: جـ٤ص٣٩١ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٢) المهذب: جـ٢ص٢٩٣ طبع دار احياء الكتب العربية، مغني المحتاج: جـ٤ص٣٩١ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، وقال البيهقي: يرخص بالاحتجاب في غير وقت القضاء، وفي وقته إذا خشي الازدحام عليه، كما ورد ذلك عن عمر بن الخطاب السنن الكبرى: جـ١٠ص١٠٢.

(٣) ورد هذا الحديث بألفاظ كثيرة متقاربة وروايات متعددة منها: اللفظ المذكور في المتن، وقد رواه أبو داود والترمذي واحمد والبيهقي والطبراني والحاكم عن أبي مريم الأسدي، ومنها ما رواه الطبراني في الكبير وأحمد عن معاذ عن رسول الله ﷺ أنه قال (من ولي من أمور المسلمين شيئاً فاحتجب عن ضعفه المسلمين وأولي الحاجة احتجب الله عنه يوم القيامة) ومنها ما رواه الطبراني في الكبير وأبو نعيم في الحلية عن أبي الدحداح ان رسول الله ﷺ قال: (يا أيها الناس: من ولي منكم عملاً فحجب بابه عن ذي حاجة حجبه الله ان يلج باب الجنة) -انظر: السنن الكبرى: جـ١٠ص١٠١، ١٠٢ التلخيص الحبير: جـ ٤ص١٨٨، ١٨٩، كنز العمال: جـ٣ص١٩٥، سبل السلام: جـ٤ص١٦٨.

(٤) هو محمّد بن إسماعيل بن إبراهيم أبو عبدالله البخاري (١٩٤-٢٥٦هـ): أمير المؤمنين في حديث سيد المرسلين ﷺ، كتب الحديث عن أكثر من ألف شيخ، روي عنه أنه قال: أخرجت الصحيح من زهاء ستمائة ألف حديث،وما وضعت فيه حديثاً إلا اغتسلت وصليت قبل ذلك ركعتين، قال عنه أحمد: ما أخرجت خراسان مثل محمّد بن إسماعيل -خلاصة التذهيب: ص٢٧٨، ٢٧٩.

(٥) انظر: صحيح البخاري مع فتح الباري: جـ١٣ص١١٣.

(٦) السنن الكبرى: جـ١٠ص١٠١.

(٧) فتح الباري: جـ١٣ص١١٣.

عليه من شاء لبطلت هيبته وسقط وقعه[1]، وقد روي عن سحنون[2]، أحد علماء المالكية وقضاتهم، انه كان يحكم في موضع خاص عليه بواب، ولا يدخل عليه إلا اثنين فاثنين، على ترتيبهم في المجيء إليه، وقيل: إن في ذلك فائدتين:

الأولى: الستر على الخصمين، **والثانية**: إتاحة الفرصة للقاضي بأن يستجمع فكره[3].

ولعل الأقرب إلى الحق أن لا يتخذ الحاجب إلا لعذر، كما ذهب إلى ذلك بعض العلماء[4]، وأما ما ورد عن رسول الله ﷺ من الأخبار السابقة فقد جمع بينها ابن حجر[5] بأنه ﷺ كان يرفع حجابه بينه وبين الناس، ويبرز لطالب الحاجة إذا لم يكن في شغل من أهله، ولا انفراد لشيء من أمره[6]. وقد يقال: إن فساد الناس وانتشار الفوضى قد يعتبر اليوم عذراً في اتخاذ الحاجب والبواب، ولكن ينبغي تخير الحاجب من أصحاب الخلق الكريم، لا من المتغطرسين الذين قد ينفرون الناس من ارتياد مجلس القاضي للمطالبة بحقوقهم.

وما ينبني على الأمر الثاني:

أن يكون مجلس القضاء فسيحاً لا يتأذى الحاضرون بضيقة، وأن يكون نزهاً لا يؤثر فيه الحر والبرد والغبار والدخان وغير ذلك: يجلس للصيف حيث يليق به، وللرياح والشتاء حيث يليق به[7].

---

(١) فتح العزيز: جـ١٧ق٥٧أ.

(٢) هو عبدالسلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني (١٦٠-٢٤٠هـ) أخذ عن كثير من أصحاب الإمام مالك بن أنس، وانتهت إليه الرئاسة في العلم، ومدونته عليها الاعتماد في المذهب المالكي تولى قضاء القيروان في عهد محمّد بن الأغلب، سنة ٢٣٤هـ وتوفي وهو يتولاه، كان من أهل الورع والزهد رحمه اللّه تعالى وأخبار علمه كثيرة، وقد ألف في ترجمته بعض الكتب -انظر الديباج المذهب: ص١٦٠-١٦٦.

(٣) منح الجليل: جـ٤ص١٦٤.

(٤) الفروع: جـ٣ص٧٩٣، منتهى الارادات: القسم الثاني ص٥٧٩.

(٥) هو أحمد بن علي الكناني العسقلاني المصري الشافعي (٧٧٣-٨٥٢هـ): من أئمة الشافعية، حفظ القرآن ابن تسع سنين، له مؤلفات كثيرة، عظيمة النفع، من أهمها «فتح الباري» و«تهذيب التهذيب» في أسماء الرجال و«التلخيص الحبير»- الضوء اللامع: جـ٢ص٣٦.

(٦) فتح الباري: جـ١٣ص١١٣.

(٧) المهذب: جـ٢ص٢٩٣ طبع دار احياء الكتب العربية، المنهاج ومغني المحتاج: جـ٤ص٣٩٠ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

حكم اتخاذ المسجد مجلساً للقضاء:

وقد اختلف الفقهاء في حكم اتخاذ المساجد مجالس للقضاء على الآراء التالية:

أولا: فقد ذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه لا بأس بالجلوس في المسجد من أجل القيام بأعمال القضاء[1]، **وقد استدلوا على ذلك بما يلي:**

١- فقد صح عن رسول اللّه ﷺ أنه كان يفصل بين الخصوم في معتكفه[2]، **وفي هذا أكثر من خبر صحيح:**

أ- فقد ورد عن كعب بن مالك[3] أنه تقاضى ابن أبي حدرد[4] ديناً كان له عليه في عهد رسول اللّه ﷺ، في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله ﷺ، وهو في بيته، فخرج إليهما رسول اللّه ﷺ حتى كشف سجف حجرته، ونادى كعب بن مالك فقال: يا كعب، فقال: لبيك يا رسول اللّه، فأشار إليه بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: قد فعلت يا رسول اللّه، قال رسول اللّه ﷺ: قم فاقضه[5]. ففي هذا الحديث جواز المطالبة بالحق والحكم بين الخصوم في المسجد، لأن رسول اللّه ﷺ سمع خصومتهما في

---

(١) شرح أدب القاضي، للحسام الشهيد: ق٢٢ب، درر الحكام: جـ٢ص٤٠٦، الفروع: جـ٣ص٧٩٣، الافصاح عن معاني الصحاح: ص٤٢٥، المغني لابن قدامة: جـ٩ص٤٥.

(٢) شرح أدب القاضي:ق٢٢ب.

(٣) هو الصحابي كعب بن مالك الأنصاري السلمي، أبوعبداللّه المدني، الشاعر، شهد بيعة العقبة، مات سنة ٥١هـ- خلاصة التذهيب ص٢٧٣، ٢٧٤.

(٤) هو عبداللّه بن أبي حدرد الأسلمي، صحابي يكنى أبا محمد، واسم ابيه سلامة بن عمير، شهد الحديبية، ثم خيبر، وما بعدها،قال الواقدي: مات سنة ٧١هـ وعمره ٨١سنة- انظر: الاستيعاب لابن عبدالبر:القسم الثالث ص٨٨٧.

(٥) هذا الحديث رواه البخاري في عدة مواضع من صحيحه: في الصلاة-باب التقاضي والملازمة في المسجد وباب رفع الصوت في المسجد،وفي الصلح- باب هل يشير الإمام بالصلح، وباب الصلح بالدين والعين، ورواه مسلم في «البيوع» وأبو داود والنسائي في «القضاء» وابن ماجة في «الأحكام» -انظر صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٠ص٢٢٠، وسنن النسائي: جـ٨ص٢٣٩، وسنن ابن ماجة: ص١٧٧ طبع حجر، ونصب الراية: جـ٤ص٧١.

المسجد، ولم ينههما عن ذلك، وإنما قضى بينهما فيما اختلفا فيه، وقد قال ابن تيمية[1] عن هذا الحديث: فيه جواز الحكم في المسجد[2].

ب- وصح عن رسول اللّه ﷺ أنه قضى باللعان بين رجل وامرأته، فتلاعنا أمامه في المسجد[3].

جـ- وكذلك قضى رسول اللّه ﷺ بالرجم على رجل جاءه واعترف له بالزنا بعد أن استجوبه وأقر ثلاث مرات[4]، وكان كل ذلك في المسجد.

٢- واستدلوا أيضاً بما ورد عن كثير من صحابة رسول اللّه ﷺ أنهم كانوا يفصلون في خصومات الناس في المسجد، **ومن ذلك:**

أ- ما ذكره الحسن البصري رحمه اللّه حيث قال: أتيت مسجد المدينة ذات يوم في الهاجرة فإذا بابن عفان رضي اللّه تعالى عنه قد كوم كومة من الحصى، ووضع رداءه، ثم اتكأ، فجاء سقاء معه قربة له يخاصم رجلاً، قال: فجعل ينظر بينهما[5].

ب- وما ورد في صحيح البخاري أن عمر بن الخطاب رضي اللّه تعالى عنه لاعن عند منبر رسول اللّه ﷺ[6].

جـ- وروي عن أبي بكر رضي اللّه تعالى عنه أنه كان يجلس في المسجد للنظر في

---

(١) هو شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبدالحليم الدمشقي (٦٦١-٧٢٨هـ): كان اماماً فقيهاً مجتهداً محدثاً مفسراً ، ناصراً للسنة ومحارباً للبدعة، أوذي كثيراً، ومات في السجن، وله مؤلفات كثيرة جداً منها: كتاب «الإيمان» و«الفتاوي المصرية» -انظر كتاب الذيل على طبقات الحنابلة: جـ٢ص٣٨٧.

(٢) انظر نصب الراية: جـ٤ص٧١.

(٣) انظر: صحيح البخاري مع فتح الباري: جـ٣ص١٣٣،وصحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٠ص١٢١، وما ذكر في المتن جزء من قصة طويلة ذكرها البخاري ومسلم عن سهل بن سعد.

(٤) انظر: صحيح البخاري مع فتح الباري: جـ١٣ص١٣٥، وصحيح مسلم بشرح النووي: جـ١١ص١٩٣.

(٥) شرح أدب القاضي: ق٢٢ب.

(٦) صحيح البخاري مع فتح الباري: جـ٣ص١٣٢.

خصومات الناس[1].

فهذه الأخبار يستفاد منها أنه لا بأس بالجلوس للقضاء في المساجد، ولو كان ذلك مكروهاً لما فعله هؤلاء الراشدون، وهم أشد الناس تمسكاً بسنة رسول الله ﷺ[2].

٣- واستأنسوا بفعل كثير من قضاة التابعين: فقد قال البخاري في باب «من قضى ولاعن في المسجد»: (ولا عن عمر عند منبر النبي ﷺ، وقضى شريح، والشعبي، ويحيى بن يعمر[3] في المسجد)[4].

٤- واستدلوا أيضاً بان القضاء عبادة يتقرب بها إلى اللّه تعالى، فيجوز إقامتها في المسجد، كالصلاة وغيرها من العبادات[5]. وبأن المسجد تتحقق فيه تلك الصفات التي استحبها العلماء أن تتوفر في مجلس القضاء، فإنه يتيسر الوصول إليه بالنسبة لجميع الناس، ويجد فيه الجميع راحتهم النفسية والجسدية[6]،

ثانياً: وذهب المالكية إلى أن الجلوس في المساجد للقضاء بين الناس من السنة[7]، فقد روي عن الأمام مالك في المدونة أنه قال: (القضاء في المسجد من الحق، وهو من الأمر القديم، لأنه يرضى فيه بالدون من المجلس، وتصل إليه المرأة والضعيف)[8]، وقالوا: أما النسبة

---

(١) فتح القدير: جـ٥ص٤٦٦،شرح أدب القاضي: ق٢٢ب.

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) هو أحد التابعين، وروى الحديث عن كثيرمن الصحابة،وتوفي قبل التسعين بخراسان -خلاصة التذهيب- ص٣٦٩.

(٤) صحيح البخاري مع فتح الباري: جـ٣ص١٣٢.

(٥) الهداية والعناية وفتح القدير: جـ٥ص٤٦٥.

(٦) شرح أدب القاضي: ق٢٢ب.

(٧) وفي ذلك يقول ابن عاصم في تحفته:

وحيث لاق للقضاء يقعد ... وفي البلاد يستحب المسجد

انظر: أسهل المدارك: جـ٣ص١٩٩، والقوانين الفقهية: ص٢٨٤، والافصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة: ص٤٢٥. .

(٨) أسهل المدارك: جـ٣ص١٩٩، شرح الخرشي وحاشية العدوي: جـ٧ص١٤٧.

لمن يمنع دخوله المسجد كالحائض والمشرك، فيفضل أن يجعل القاضي موضع جلوسه لهم في رحاب المسجد[1]، لا في داخله، حتى يتاح لهؤلاء وأمثالهم حضور المجلس، والمطالبة بحقوقهم، وليصان المسجد عن الأصوات، واللفظ وغيره مما نهى عنه رسول الله ﷺ[2].

والواقع أن هناك روايتين عن الأمام مالك في هذه المسألة: الأولى: هي رواية المدونة التي تقدم ذكرها، والثانية: رواية مطرف[3] وابن الماجشون[4]:وهو أن المستحب الجلوس في رحاب المسجد مطلقاً[5]، وقد ذكر ابن حجر في فتح الباري قول مالك (كان من مضى يجلسون في رحاب المسجد، وإني لاستحب ذلك في الأمصار، ليصل إليه اليهودي والنصراني والحائض والضعيف)[6].

وذهب بعض المالكية إلى أنه ينبغي أن يجعل للذميين يوم أو وقت يجلس القاضي لهم فيه في غير المسجد[7].

وذهب المالكية من أهل الأندلس إلى كراهية اتخاذ داخل المسجد للقضاء، ولهذا كانوا يبنون محلات القضاء والمحاكم في وسط البلدان أو قرب المساجد خارجاً عنها ليحصل المقصود لكل مدع وطالب[8].

---

(١) الرحبة: بناء يكون أما باب المسجد غير منفصل عنه، ووقع الاختلاف فيها، والراجح أن لها حكم المسجد، فيصح فيها الاعتكاف، وكل ما يشترط له المسجد، وأما إذا كانت الرحبة منفصلة عن المسجد فليس لها حكم المسجد- انظر: فتح الباري: جـ١٣ص١٣٢.

(٢) أسهل المدارك: جـ٣ص١٩٩، وسيأتي في المتن قول رسول اللّه ﷺ (جنبوا مساجدكم رفع اصواتكم وخصوماتكم)، وذلك عند ذكر أدلة الشافعية على مذهبهم.

(٣) هو أبو مصعب مطرف بن عبدالله الهلالي المدني، وهوابن اخت مالك بن أنس الإمام، خرج له البخاري في الصحيح، توفي سنة ٢٢٠هـ في المدينة- الديباج المذهب: ص٣٤٥، ٣٤٦.

(٤) هو عبدالملك بن عبدالعزيز بن الماجشون القرشي، مفتي المدينة، من بيت علم وحديث، تفقه بأبيه وبالإمام مالك بن أنس، توفي سنة ٢١٢هـ- الديباج المذهب: ص١٥٣، ١٥٤.

(٥) انظر هاتين الروايتين في حاشية العدوي على الخرشي: جـ٧ص١٤٧.

(٦) فتح الباري: جـ١٣ص١٣٣.

(٧) أسهل المدارك جـ٣ص١٩٩.

(٨) المرجع السابق.

وما تقدم ذكره عن الأمام مالك في المدونة يشير إلى أن مستنده في مذهبه هو عمل الصحابة والتابعين وأهل المدينة، وأن المسجد احسن الأماكن للقضاء، لسهولة الوصول إليه، ولأن الجلوس فيه يبعث على التواضع والرضا بالقليل.

ثالثاً: وذهب الشافعية إلى أنه يكره اتخاذ المسجد مجلساً للفصل في الخصومات، ولكنهم قالوا: أنه لا مانع من النظر في قضايا متفرقة في المسجد تحدث بالصدفة، من غير أن يتخذ المسجد مجلساً دائماً للقضاء، وقالوا: ويحمل على هذا ما ورد عن رسول الله ﷺ، وعن بعض الصحابة رضوان الله عليهم أنهم قضوا بين الناس في المسجد، وكذلك إذا دعت الحاجة إلى الجلوس في المسجد، كمطر ونحوه، ثم إذا جلس فيه سواء مع الكراهة أو دونها وجب الاحتياط بمنع كل ما نهى عن حدوثه في المسجد، كالمخاصمة والمشاتمة ونحوهما[1].

واستدلوا على مذهبهم بأن مجلس القضاء لا يخلو من اللغط، وارتفاع الأصوات وقد يحتاج فيه إلى احضار من يمنع دخولهم إليه، كالمجانين، والصغار، وذوات الأعذار بالحيض والنفاس والجنابة، أو إحضار من يحرم دخولهم إليه من الكفار والمشركين لنجاستهم، والمساجد ينبغي أن تصان عن كل ذلك[2]، لما ورد عن رسول الله ﷺ حين سمع من ينشد ضالته في المسجد أنه قال: «إن المساجد لم تبن لهذا، وإنما بنيت لما بنيت له»[3]، وورد عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «جنبوا مساجدكم صبيانكم، ومجانينكم وخصوماتكم، ورفع اصواتكم، وسل سيوفكم، وإقامة حدودكم»[4]، وكذلك نهى ﷺ أن يستقاد في المسجد، أو تقام فيه الحدود، أو ينشد فيه الشعر[5].

---

(١) فتح العزيز: جـ١٧ق٥٦ب، المهذب: جـ٢ص٢٩٣ طبع دار احياء الكتب العربية، فتح الباري: جـ١٣ص١٣٣، مغني المحتاج جـ٤ص٣٩٠ طبع الحلبي ١٣٧٧هـ.

(٢) انظر المراجع السابقة.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي: جـ٥ص٥٤، ٥٥، سنن أبي داود: جـ١ص٧٤ طبع الهند، وقد ورد فيهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) السنن الكبرى: جـ١٠ص١٠٣.

(٥) انظر: سنن الدارقطني: جـ٣ص٨٥، ٨٦، سنن ابن ماجة: ص١٩٠ طبع حجر ، حلية الأولياء جـ٤ص١٨، وهو مروي عن حكيم بن حزام عن رسول الله ﷺ.

وما ذهب إليه الشافعية من كراهة اتخاذ المساجد مجالس للقضاء مروي عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز[1]، حيث روي عنه أنه كتب لأحد قضاته أن لا تقضي في المسجد، فإنه يأتيك اليهودي والنصراني والحائض[2].

هذا وقدأجاب بعض الحنفية عن قول الشافعية (أنه يحضر القضاء المشرك، وهو نجس)، بأنه نجس في اعتقاده، لا في جسده، وليس النجس على ظاهر يديه، فلا يصيب الأرض منه شيء، والحائض وغيرها من ذوات الأعذار مثله[3]، وقد تقدم[4] أن المالكية احتاطوا لأمثال هؤلاء، فاستحبوا أن يجلس للفصل في خصوماتهم خارج المسجد، في رحابه أو في مكان قريب منه.

الرأي المختار:

ونرى أن جميع ما ذكر من الحجج في هذا الموضوع حق، فإن اتخاذ المساجد لفصل الخصومات فيه ما فيه من الإزعاج والفوضى التي تنبعث في المساجد التي يجب أن تنزه عن كل ذلك بما ثبت عن رسول الله ﷺ من النهي عن ذلك كله، وفي نفس الوقت فإن المساجد من أكثر الأماكن تحقيقاً لما استحبوه من الخصائص والصفات لمجلس التقاضي، حيث تبنى عادة في أواسط البلدان، ويتيسر دخولها للجميع، وتبعث على الطمأنينة النفسية التي تتيح للقاضي تفكيراً سليماً، ولأطراف الدعوى والشهود استقراراً يساعدهم على إبداء حججهم، وإبعاد رهبة القاضي والتقاضي عن أنفسهم، يضاف إلى ذلك أن تواجد القاضي والخصوم والشهود في مكان الاتصال بالله الذي يخافون عقابه، إن ظلم القاضي، أو زور الشهود، أو كذب الخصوم، أو لدّوا في الخصومة، فيه ما فيه من تنبيه الضمير المؤمن إلى الحق والعدل والصدق.

---

(١) أسهل المدارك: جـ٣ص١٩٩.
(٢) السنن الكبرى جـ١٠ص١٠٣، فتح الباري: جـ١٣ص١٣٣.
(٣) شرح أدب القاضي: ق٢٢ب، الهداية مع فتح القدير: جـ٥ص٤٦٦.
(٤) انظر ص ٢٠٧.

لذلك كله نرى أن الرأي القائل بجعل مجلس القضاء قريباً من المساجد أو في رحابها يحقق إلى حد بعيد معظم تلك المقاصد.

غير أن هذا ينبغي أن يكون خاصاً بالنظر في القضايا، وإصدار الأحكام، وأما تنفيذها، فلا داعي أبداً أن يكون في المساجد أو قريباً منها، خصوصاً إذا كان المقضي به حداً أو نحوه مما يؤثر في هدوء المسجد أو نظافته، ويؤيد ذلك ما جاء في صحيح البخاري (أن عمر رضي اللّه تعالى عنه كان يقضي في المسجد، حتى إذا أتى على حد أمر أن يخرج من المسجد، فيقام الحد)، وقد ذكر عن علي مثل ذلك[1]، ويقاس على ذلك كل شيء يتأذى به من في المسجد، أو يقع به للمسجد نقص كالتلويث ونحوه، وقد تقدم ذكر أحاديث صحيحة وصريحة في منع إقامة الحدود تنفيذ القصاص في المسجد، ولهذا ذهب الجمهور إلى منع كل ذلك، حتى الإمام مالك الذي استحب القضاء في المسجد منع فعل ذلك فيه، اللهم إلا إذا كان ضرباً بسياط يسيرة، فرخص بها[2].

وعلى أية حال، فإن القاضي مكلف بالفصل في الخصومات فور عرضها عليه، إذا كان مقلداً وظيفة القضاء من ولي الأمر، ولا يجوز له تأخيرها إلى زمان آخر، لذلك روي عن بعض الصحابة والتابعين أنهم قضوا في السوق، وعلى باب الدار، وفي الطريق[3] وهذا لأن القاضي بتقلده القضاء التزم فصل الخصومات، وإذا تقدم إليه الخصمان، وجب عليه الفصل بينهما، ولا يؤخر ذلك، غير أنه لا يقعد في الطريق إذا كان يضيق بالمارة، ولا يقضي وهو يمشي، لأنه يتفرق رأيه، لكن يقف في موضع ثم يقضي.

كل ذلك إذا لم يخصص القضاء بزمان معين أو مكان معين من قبل ولي الأمر، فالأصل جواز ذلك، ويصح الحكم في جميع الأزمنة والأمكنة، أما إذا خصصه ولي الأمر بمكان معين

---

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري: جـ١٣ص١٣٣.

(٢) فتح الباري: جـ١٣ص١٣٤.

(٣) فقد قال البخاري: (وقضى يحى بن يعمر في الطريق، وقضى الشعبي على باب داره)، وذكر ابن حجر أن الكرابيسي اخرج في القضاء عن الشعبي أن علياً قضى في السوق –انظر:صحيح البخاري، وفتح الباري: جـ١٣ص١١٢.

أو وقت محدد، فإنه يجوز ذلك[1]، ويكون هذا عزلاً للقاضي المعين عن النظر في الخصومات في غير الزمان والمكان المحددين، لأن ولي الأمر كامل الولاية فوجب أن يملك ذلك، إذ لا ضرر فيه[2].

مكان الدعوى عند أهل القانون:

وأما مكان الدعوى في التشريع الوضعي للمرافعات فهو المحكمة، ولها اطلاقان: **الأول:** وهو المعنى الحقيقي لها، حيث يراد بها مكان القضاء، بما فيه النظر في الخصومات، وإصدار الأحكام فيها، وفي عصرنا خصصت الدولة محلات خاصة للقضاء، لا ترفع الدعوى إلا إليها، ولا تصح الخصومة إلا فيها، وأمام القاضي أو الهيئة القضائية التي خصصت لها، حتى لو أن الدعوى رفعت إلى القاضي أو الهيئة القضائية في غير هذا المكان، أو رفعت إلى غير القاضي، ولو في المحكمة المختصة، لم تصح، ولم يصح النظر فيها بعد ذلك، وهذا تخصيص للقضاء بمكان معين، فهو تنظيم إداري من قبل ولي الأمر لا ترفضه الأصول الشرعية ونصوص الفقهاء.

هذا ولا نجد شروطاً خاصة بالمحكمة -بالمعنى المتقدم- كتلك الصفات والخصائص التي استحبها فقهاء المسلمين في المكان المخصص للنظر في الخصومات ونرى أن تقدم وسائل الحضارة ينبغي أن يستعمل وسيلة فعالة من اجل تحقيق تلك الخصائص والصفات التي ذكرها الفقهاء المسلمون، والتي ينبغي مراعاتها في الوقت الحاضر، لأنها تحقق -كما تقدم- الاستقرار النفسي والراحة الجسدية لجميع من يعنيهم أمرها، وكل ذلك يساهم في اكتشاف الحق وتحقيق العدل بين الخصوم.

---

(١) الفواكه البدرية والمجاني الزهرية: ص٧٥، الدر المختار وحاشية ابن عابدين: جـ٥ص٤١٩، الشرح الكبير: جـ٤ص١٣٤، تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٧، منح الجليل: جـ٤ص١٥٣، شرح المحلي على المنهاج: جـ٤ ص ٢٩٨، تحفة المحتاج: جـ ١٠ ص ١١٩، الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي: ص٦٨، ٦٩، غاية المنتهى: جـ٣ص٤٣٠، ٤٣١.

(٢) كشاف القناع: جـ٤ص١٧١.

الثاني: وأما الإطلاق الثاني للمحكمة فهو معنى اصطلاحي، حيث يراد بها الأداة التي يتحقق بها القضاء بين الناس، فهي بهذا المعنى النواة التي يصدر عنها ويرد إليها جميع التنظيم القضائي في مختلف صوره[1]، وهذا المعنى أكثر شيوعاً من المعنى الأول في الأوساط القضائية والقانونية.

وفي توضيح هذا المعنى يقول الدكتور أحمد مسلم: (ولفظ المحكمة ليس مرادفاً للفظ القاضي أو القضاة، ولكنه لفظ يفيد معنى جامعاً لأداة القضاء سواء أكانت قاضياً أم كانت هيئة مشكلة من عدد من القضاة، ولمجلس القضاء الذي يفيد بها مكاناً محدداً، لا مطلق مكان يوجد فيه القاضي، أو يجتمع فيه القضاة، كما أنها في التعبير عن أداة القضاء تعطي مدلولاً مجرداً لهذه الأداة، تنفصل به عن شخص القاضي أو أشخاص القضاة المكونين لها، فلا يتأثر كيان المحكمة بتغير الأشخاص، فهي في هذا أشبه بشخص اعتباري يتميز كيانه عن عناصره، دون أن نقصد بهذا التشبيه غير الإيضاح..) إلى أن قال (وابتكار لفظ محكمة للتعبير عن كل هذه المعاني حديث في عالم القانون. فقديماً كان السائد لفظ القاضي، وهو أقصر من أن يمكن اجتماع كل تلك المعاني حوله، ولا تقتصر أهمية لفظ محكمة على مجرد الاصطلاح، وكان التوفيق إليه ذا أثر موضوعي محقق، بما بثه في التنظيم القضائي، مادة ولغة، من وضوح واستقرار)[2].

فالمحكمة –في الاستعمال القانوني– إذن لا تعني معناها اللغوي المرادف لمكان الحكم والقضاء، وإنما يدخل هذا المكان كجزء في مفهومها، فهي أداة القضاء بما فيها مجلس القضاء، ومن يجلسون فيه، كمجموع لا يتجزأ.

وفكرة المحكمة على النحو المبين سابقاً موجودة في الفقه الإسلامي، من حيث أصل معناها، وذلك أن الفقهاء نصّوا على جميع مقومات هذه الفكرة، وإن لم يطلقوا على مجموعها لفظ المحكمة: فإنهم ذكروا جواز تخصيص القضاء بمكان معين، وهذا هو مجلس

---

(١) اصول المرافعات–احمد مسلم: ص٤٨.
(٢) اصول المرافعات: ص٤٨.

القضاء الثابت، ومن جهة أخرى يعتبر القاضي نائباً عن ولي الأمر في تطبيق أحكام الشرع على الناس، وإن كان يصدر الأحكام باسمه، ولو عزله ولي الأمر لم تبطل أحكامه الصادرة قبل تاريخ عزله، وليس لغيره من القضاة الذين يعينهم بدله الحق في إبطال أي حكم من الأحكام التي أصدرها، إلا إذا تبين أنه كان جاهلاً لا يؤهله فقهه أن يكون قاضياً، أو إذا كانت أحكامه مخالفة لقواعد الشريعة ونصوصها، بل ليس له الرجوع عما أصدره من الأحكام[1]، أما صدور الأحكام باسم قاض معين فليس المقصود منها إلا إعلان اسم الشخص الذي تبين حكم الله ، فوضعه في محله باستنابة ولي الأمر المكلف بتطبيق الشرع على رعيته. كل تلك المعاني موجودة في الفقه الإسلامي، وهي كافية لتحقيق الاستقرار والوضوح في التنظيم القضائي، والعبرة للمعاني، وليس للصور والمباني.

المطلب الثاني
في القاضي المختص بنظر الدعوى

ذلك الذي ذكرناه في المطلب السابق هو المكان الذي ترفع فيه الدعوى إلى القاضي، ولكن أي قاض ترفع إليه الدعوى لينظر فيها؟ إن الدولة الواحدة لا يكفيها قاض واحد، وقد تقدم[2] جواز تخصيص القضاء بأمكنة محدودة، فإذا تعدد القضاة، وتعددت مجالس القضاء، فأي واحد منهم يختص بالنظر في دعوى المتخاصمين: هل هو قاضي المكان الذي يستقر فيه المدعي، أم هو قاضي مكان المدعى عليه، أم يجعل الاختيار في تحديده للمدعي أم للمدعى عليه؟

لا خلاف في أنه إذا كان في البلد قاض واحد يختص بالطرفين، فإنه هو الذي ترفع إليه

(١) سيأتي تفصيل ذلك عند الكلام عن «الحكم» في خاتمة هذه الرسالة إن شاء الله تعالى.
(٢) انظر ص ٢١١.

الدعوى[1]. أما إذا تعدد القضاة، واستقل كل بمحلة يختص بالقضاء بين أهلها، ولا يتعداها إلى غيرها، **فقد اختلف الفقهاء في تحديد من هو المختص منهم على الآراء التالية:**

الرأي الأول:

فقد ذهب جماعة إلى أن الدعوى ترفع إلى القاضي الذي يختاره المدعي، وإلى هذا ذهب الأمام أبو يوسف[2] من الحنفية، ومعظم الفقهاء من الشافعية والحنبلية[3]، وهو قول المالكية إذا تعدد القضاة في نطاق بلد واحد، وكان المتنازعان يتبعان لهذا البلد[4]. واحتجوا بأن المدعي هو الذي لا يجبر على الخصومة، بحيث إذا تركها ترك وشأنه، فهو المنشئ للخصومة، فيعطى الخيار: إن شاء أنشأها عند قاضي مكان استقراره هو، وإن شاء أنشأها عند قاضي مكان خصمه، فلأن الحق له في الدعوى جعل الحق له في تعيين القاضي[5].

الرأي الثاني:

والرأي الثاني إن الحق في تعيين القاضي الذي ينظر الدعوى يكون للمدعى عليه، لا

---

(١) منحة الخالق على البحر الرائق: جـ٧ص١٩٤.

(٢) هو القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري (١١٣-١٨٣هـ): لم يكن في أصحاب أبي حنيفة مثله، فكان المقدم فيهم، وهو أول من وضع الكتب على مذهب أبي حنيفة، وأملى المسائل ونشرها، وبث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض، نال الحظوة عند الرشيد العباسي، تولى قضاء بغداد، وتوفي عليه، وله من الكتب الأمالي والنوادر والخراج -انظر: الفوائد البهية: ص٢٢٥.

(٣) فصول الأحكام - المرغيناني: ق٩ب، البحر الرائق: جـ٧ص١٩٣، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٣، الايضاحات الجلية: ص٤، نهاية المحتاج: جـ٨ص٨٦، حاشية الشرواني وحاشية العبادي على تحفة المحتاج: جـ١٠ص١١٩، القواعد لابن رجب: ص٣٦٢، منتهى الإرادات: القسم الثاني ص٥٧٥، الحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٦٩، غاية المنتهى: جـ٣ص٤٣١.

(٤) منح الجليل: جـ٤ص١٥٣، حاشية الدسوقي: جـ٤ص١٦٤، الطريقة المرضية: ص٣٢، وأما إذا كان المدعى عليه متوطناً في بلد، والمدعي في أخرى، وكان كل منهما في ولاية قاض، فقد اختلف فيه المالكية على اقوال سنذكرها قريباً إن شاء الله تعالى.

(٥) تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص٤٠١، حاشية الدسوقي: جـ٤ص١٣٥، كشاف القناع: جـ٤ص١٧٢.

للمدعي، وإلى هذا الرأي ذهب الأمام محمّد من أصحاب أبي حنيفة، وهو المفتى به في المذهب الحنفي[1].

ويستند هذا الاجتهاد إلى أن المدعى عليه يدافع عن نفسه ضد من اتهمه، والمدافع يطلب السلامة لنفسه، والأصل براءة ذمته، والظاهر يشهد له، فأخذه إلى من يأباه لريبة ثبتت عنده، وتهمة وقعت له، ربما يوقعه في ارتباك يحصل له، فيؤدي ذلك إلى إثبات ما ليس في الحقيقة ثابتاً في ذمته، فالأولى مراعاة جانبه بالنظر إليه واعتبار اختياره، لأنه يريد الدفع عن نفسه، وخصمه يريد أن يوجب عليه، ومن طلب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها[2].

هذا هو المعتمد في المذهب الحنفي، **ولكن فقهاءه اختلفوا في تحديد الصورة التي يطبق فيها هذا الرأي إلى فريقين:**

١- فقد ذهب فريق إلى أن العبرة لاختيار المدعى عليه فيما إذا وجد قاضيان، كل منهما في محلة، وقد أمر كل منهما بالحكم على أي من أهل محلته فقط، أما إذا كان كل منهما مأذوناً بالحكم على أي من حضر عنده، فينبغي تصحيح قول أبي يوسف، لأن المدعي هو الذي له الخصومة، فيطلبه عند أي قاض أراد[3]، ثم إنه لا تظهر -في هذه الحال- فائدة في كون العبرة للمدعي أو للمدعى عليه[4].

٢- وذهب فريق آخر إلى إن العبرة لقول المدعى عليه في جميع الحالات، فيشمل كلا الحالتين اللتين ذكرتا لدى الفريق الأول[5]، وقد استدل هؤلاء على ذلك بأن الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً، وعلة اعتبار المدعى عليه في تعيين القاضي متوفرة في كلا الحالتين

---

(١) فصول الأحكام -المرغيناني: ق٩ب، البحر الرائق: جـ٧ص١٩٣.
(٢) منحة الخالق على البحر الرائق جـ٧ص١٩٣، تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص٤٠١، ٤٠٢، موجز في المرافعات الشرعية -أحمد ابراهيم: ص١١، مباحث المرافعات: ص٢٢، ٢٣ خلاصة نظرية المرافعات -ابو الفتح: ص١٤.
(٣) منحة الخالق على البحر الرائق: جـ٧ص١٩٤.
(٤) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٤.
(٥) منحة الخالق على البحر الرائق: جـ٧ص١٩٤، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٤.

السابقتين، فإن المدعى عليه يطلب السلامة لنفسه دائماً، وإذا وجد قاضيان فأكثر تحققت له المصلحة في اختيار أحدهما دون الآخر، إذ قد تطمئن نفسه، وتتوجه ثقته نحو أحدهما، وإن كان الآخر مختصاً بكلا المدعي والمدعى عليه[1].

ونرى أن هذا الخلاف الذي ذكرناه مرده إلى التباس في فهم أصل مذهب الأمام محمد، فإن الذي ذكروه مما اطلعنا عليه يدل **على أن هنالك فهمين مختلفين لمذهب الأمام محمّد في هذه المسألة وهما:**

الفهم الأول: يقرر بأن العبرة في تعيين القاضي الذي ترفع إليه الدعوى، فينظر فيها ويصدر حكمه، هي لمكان المدعى عليه، وقاضي هذا المكان هو المختص فيها، ويؤدي هذا الفهم إلى أنه لا عبرة باختيار المدعى عليه إذا وقع على قاضي مكان خصمه المدعي، بل لا ينظر إلى اختياره أصلاً، وإنما لمكانه.

ويترتب على هذا الفهم أنه إذا وجد قاضيان في منطقة واحدة، وكان اختصاص كل واحد منهما يمتد إلى جميع هذه المنطقة، فإنه ينعدم الفرق في هذه الحالة بين قول أبي يوسف وقول محمّد لأن قاضي المدعي هو بعينه قاضي المدعى عليه، فيصح بناء على هذا الفهم ما ذهب إليه الفريق الأول.

الفهم الثاني: يقرر بان العبرة في تعيين القاضي هو باختيار المدعى عليه، حتى لو وقع هذا الاختيار على القاضي المختص بمحلة المدعي، وينبني على هذا الفهم أنه إذا وجد قاضيان، كل واحد منهما يختص بجميع المنطقة التي يستقر فيها الطرفان: المدعي والمدعى عليه، فإنه تتحقق المصلحة للمدعى عليه في إعطائه حق اختيار القاضي الذي ترفع إليه الدعوى، إذ قد يعطي ثقته لواحد منهما دون الآخر، وإن كان هذا الآخر مختصاً بالنظر في دعاوى محلة الاثنين. فيصح بناء على هذا الفهم ما ذهب إلى الفريق الثاني ولكن يجدر بالملاحظة أنه إذا تفرد قاض واحد بالنظر في قضايا محلتي المدعي أو المدعى عليه، فإنه لا فائدة والحال هذه من

---

(١) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٤.

جعل حق الاختيار في تعيين القاضي المختص للمدعى عليه، لأنه واحد، ولا محيص من اختياره.

ولكن ما هو الفهم الصحيح لمذهب الأمام محمّد من الفهمين السابقي الذكر؟

الواقع أن المذكور فيما اطلعنا عليه من كتب الحنفية ليس واحداً: فبعضهم جعل مذهبه أن العبرة لمكان المدعى عليه[1]،وجعل آخرون العبرة لاختياره مهما كان[2]، ولعل الأرجح أن العبرة في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى تكون لاختيار المدعى عليه، لأن هذا الفهم هو الذي ينسجم مع التعليل الذي ذكروه لرأي الإمام محمد، حيث قالوا (فأخذه إلى من يأباه لريبة ثبتت عنده، وتهمة وقعت له، ربما يوقعه في إثبات ما لم يكن ثابتاً في ذمته)[3]، فإن هذه العلة تقتضي جعل الدعوى من اختصاص القاضي الذي يثق فيه المدعى عليه، فيختاره.

الرأي الثالث:

وهو ما ذهب إليه المالكية: فهم وإن اتفقوا مع الشافعية والحنابلة وأبي يوسف من الحنفية في جعل الاختيار للمدعي في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى في حالة تعدد القضاة في نطاق البلد الواحد، إلا انهم اختلفوا معهم في تحديده عندما يتعدد القضاة وتتعدد البلاد، واختلفت آراؤهم في ذلك باختلاف المدعى به أيضاً، **وفيما يلي ذكر هذه الآراء:**

١ - ففي دعاوى الدين اتفقوا على أن الدعوى تنظر في المكان الذي يتعلق فيه الطالب بالمطلوب[4]، فيتحصل ما تقدم أن مدعي الدين له أن يختار من يشاء من القضاة إذا كان هو وخصمه في بلد واحد، وتعدد قضاتها وكانوا مستقلين بالنظر في جميع أنواع الدعاوى، فإن

---

(١) الفواكه البدرية: ص٧٦، البحر الرائق: جـ٧ص١٩٣، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٣.
(٢) الدر المختار مع تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص٤٠١، البحر الرائق: جـ٧ص١٩٣.
(٣) منحة الخالق على البحر الرائق: جـ٧ص١٩٣، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٣، ٣٧٤.
(٤) التاج والإكليل ومواهب الجليل: جـ٦ص١٤٦، شرح الخرشي: جـ٧ص١٧٤، العقد المنظم للحكام: جـ٢ص٢٠١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: جـ٤ص١٦٤، منح الجليل: جـ٤ص٢١١.

لم يكونا في بلد واحد، فللمدعي أن يتعلق بخصمه في أي مكان يجده فيه، ويطالب بحقه عند قاضي ذلك المكان.

٢- وأما بالنسبة لدعاوى العين فينظر: إن كان المتداعيان من بلدين مختلفين وكلاهما من ولاية قاض واحد، فإن الدعوى ترفع إلى ذلك القاضي في مجلس قضائه سواء أكان في بلد المدعي أم في بلد المدعى عليه، وحيثما كان المدعى به[1]،وأما إذا كان كل منهما في ولاية قاض، **فعندهم في ذلك قولان:**

القول الأول: وهو لابن الماجشون -كما نقل عنه ابن حبيب[2] -وفيه ذهب إلى أن الدعوى ينبغي أن ترفع إلى القاضي الموجود في محل الشيء المدعى[3]، فإذا رفعت إليه الدعوى، فثم يسمع بينة المدعي وحجته، ويضرب لمن عنده الحق المدعى أجلاً حتى يأتي، فيدفع عن نفسه، أو يوكل له وكيلاً يقوم عنه بالخصومة في ذلك[4]، ونقل فضل بن سلمة[5] أن هذا الرأي ذهب إليه سحنون وابن كنانة[6] من علماء المالكية[7].

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: جـ٤ص١٦٤.

(٢) هوعبدالملك بن حبيب بن سليمان السلمي، سمع جماعة من أصحاب الإمام مالك، ورتب في طبقة المفتين في قرطبة، له كتب كثيرة جداً، من أشهرها «الواضحة»، ومنها كتاب في تفسير الموطأ، وآخر في فضائل الصحابة، وآخر في طبقات الفقهاء والتابعين،توفي سنة ٢٣٨ وقيل سننة ٢٣٩ -انظر الديباج المذهب ص١٥٤، ١٥٥، ١٥٦.

(٣) التاج والإكليل ومواهب الجليل: جـ٦ص١٤٦، شرح الخرشي: جـ٧ص١٧٤، تبصرة الحكام: جـ١ص٨٤، العقد المنظم للحكام: جـ٢ص٢٠٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: جـ٤ص١٦٤، القول المرتضى: ق٦ب.

(٤) منح الجليل: جـ٤ص٢١١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: جـ٤ص١٦٤.

(٥) هو فضل بن سلمة بن جرير الجهني البجائي، كان فقيهاً عالماً بالوثائق، له مختصر المدونة، ومختصر الواضحة زاد فيه من فقهه وتعقب فيه على ابن حبيب، توفي سنة ٣١٩هـ- الديباج المذهب: ص٢١٩، ٢٢٠.

(٦) هو عثمان بن عيسى بن كنانة، من أشهر أصحاب مالك، وجلس مجلسه بعد وفاته، توفي سنة ١٨٦هن وقيل سنة ١٨٥هـ- الطريقة المرضية: ص٣٨- الطبعة الثانية.

(٧) تبصرة الحكام: جـ١ص٨٤.

القول الثاني: وهو قول مطرف واصبغ[1] من علماء المالكية: وفيه خالفوا رأي ابن الماجشون السابق، فقالوا: إنما تكون الخصومة حيث يكون المدعى عليه، ولا يلتفت إلى موضع المدعي، ولا موضع المدعى فيه[2]،وهذا هو المشهور في المذهب المالكي، وقد نقله فضل بن سلمه عن ابن القاسم[3]، ونقل بعضهم أن هذا هو عمل أهل المدينة[4]،غير أنهم قالوا: إن من حق المدعي أن يبدأ بقاضي محلته، فيرفع إليه أمره، ويثبت عنده بينته، ثم يكتب قاضيه إلى قاضي محلة المدعى عليه بذلك، فيأخذ المدعي كتاب قاضيه ليقدمه إلى قاضي المدعى عليه ، وإن شاء وكل غيره، وأرسله بالكتاب، فإذا قدم المدعي أو وكيله إلى قاضي المدعى عليه سلمه كتاب قاضيه، فإن ثبت عنده، قرأه على المدعى عليه وسأله المخرج من ذلك، إن كان له مخرج، وإلا أنفذ الحكم عليه، أما إذا لم يفعل المدعي ذلك، وإنما قدم مباشرة إلى قاضي المدعى عليه، فإن كانت بينته معه نظرت الدعوى، وطلب من المدعى عليه المخرج، أما إذا أعلمه المدعي أن بينته في مكان الشيء المدعى، كتب إلى قاضي محلة ذلك الشيء، وطلب منه تزويده بالبينة، وفي جميع الأحوال يعطي المدعي أو المدعى عليه المدة الكافية لتحضير الحجج والبينات[5]، وغير أن أصبغ استثنى من ذلك ما لو وجد المدعي خصمه في محلته أو محلة الشيء المدعى، وتعلق به في المكان الذي وجده فيه، فإن القاضي الذي ينظر في هذه الحال هو قاضي المكان الذي تعلق به فيه[6]،وهذه قاعدة عامة متفق عليها

---

(١) هو اصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع، سمع من ابن القاسم وأشهب وابن وهب، له تآليف حسان منها: كتاب الأصول،وتفسير غريب الموطأ، وآداب القضاء وغيرها -الديباج المذهب: ص٩٧.

(٢) الشرح الكبير: جـ٤ص١٦٤، تبصرة الحكام: جـ١ص٨٤، القول المرتضى: ق٦ب، الطريقة المرضية: ص٤١، وقد قال ابن عاصم في تحفته معبراً عن هذا الرأي

والحكم في المشهور حيث المدعى عليه   في الأصول والمال معاً

(٣) هو عبدالرحمن بن القاسم العتقي، صحب الإمام مالك كثيراً، وتفقه به، وكان أعلم الناس بعلم مالك وآمنهم عليه، وقال عنه النسائي: ثقة رجل صالح مأمون، وهو أثبت من روى الموطأ عن مالك، وقد قال مالك عنه: مثله كمثل جراب مملوء مسكاً، توفي بمصر سنة ١٩١هـ وهو ابن ٦٣ سنة - انظر:الديباج المذهب: ص١٤٦، ١٤٧، وخلاصة التذهيب: ص١٩٧.

(٤) منح الجليل: جـ٤ص٢١١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: جـ٤ص١٦٤.

(٥) تبصرة الحكام: جـ١ص٨٤، القول المرتضى: ق٦ب.

(٦) تبصرة الحكام: جـ١ص٨٤.

عندهم بالنسبة لدعاوى الدين كما تقدم[1]، فكل من تعلق بآخر في دين فإنما يخاصمه في الموضع الذي تعلق به فيه، ولكن ابن الماجشون، لا يعترف بهذه القاعدة إلا بالنسبة لدعاوى الدين، ولا يرى تطبيقها في دعاوى العين، وقلده في ذلك ابن حبيب[2].

كل تلك الآراء معتبرة عند أصحابها فيما إذا تميز المدعي من المدعى عليه، ولكن قد يكون كل من الطرفين مدعياً ومدعىً عليه في آن واحد، وذلك كاختلافهما في قسمة الملك، أو كما إذا اختلفا في قدر ثمن مبيع أو صداق اختلافاً يوجب تحالفهما[3]، ففي هذه الحالة لا يمكن تطبيق أحد تلك الآراء السابقة، ولكن الفقهاء قد وضعوا حلاً لهذه الحالة، بأن ترفع الدعوى إلى أقرب القضاة من المتداعيين[4] فإن تساويا في المسافة أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة، كان القول له في تعيين القاضي المختص[5].

الرأي الرابع:

وهناك قول ضعيف في المذهب الحنبلي: وهو منع المتنازعين من التقاضي إلى أن يتفقا معاً على قاض معين[6] وهذا قول يؤدي إلى ظلم أحد الطرفين حتماً، إذ لا بد أن يكون أحدهما محتاجاً إلى رفع الدعوى أكثر من الآخر، وغالباً ما يكون هذا المحتاج هو المدعي، وبذلك يتاح للآخر الفرصة في التعنت والعناد إذا طلب منه الاتفاق على قاض معين، ولهذا ضعفه معظم فقهاء الحنابلة، واعتمدوا قول المدعي في جميع الأحوال[7].

---

(١) انظر ص ٢١٧.
(٢) تبصرة الحكام: جـ١ص٨٤.
(٣) حاشية الشرواني وحاشية العبادي على تحفة المحتاج: جـ١٠ص١١٩.
(٤) منح الجليل: جـ٤ص١٥٣، الطريقة المرضية: ص٣٢، تحفة المحتاج: جـ١٠ص١١٩، منتهى الإرادات: القسم الثاني ص٥٧٥، كشاف القناع: جـ٤ص١٧٢.
(٥) منح الجليل: جـ٤ص١٥٣، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني وحاشية العبادي: جـ١٠ص١١٩، الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٦٩، منتهى الإرادات: القسم الثاني ص٥٧٥، القواعد لابن رجب الحنبلي: ص٣٦٣، ٣٦٤، غاية المنتهى: جـ٣ص٤٣١، كشاف القناع: جـ٤ص١٧٢.
(٦) الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٦٩، القواعد لابن رجب: ص٣٦٣.
(٧) القواعد لابن رجب الحنبلي: ص٣٦٣، الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٦٩.

الرأي المختار:

إن مسألة الاختصاص السابقة مسألة اجتهادية، ليس فيها سنة عن رسول اللّه ﷺ، ولا عمل لصحابي يستأنس به فيها، والسبب في ذلك أن الكلام فيها لم يرد إلا بعد أن قال الفقهاء بجواز تخصيص القضاء بالمكان والزمان والنوع، وهذا التخصيص لم يحدث بالفعل إلا في أزمان متأخرة، فلم يكن هناك داع عملي للبحث فيها.

لهذا وجدنا أن أصحاب الآراء السابقة يعضدون آراءهم بأدلة عقلية بحتة، والترجيح والحال هذه ينبغي أن يقوم على أحد أساسين: الأول: قوة الدليل العقلي لكل رأي من تلك الآراء، والثاني: مقدار تحقيق أي من تلك الآراء لمقصود القضاء الأول، وهو العدل باكتشاف الحق، وإعطائه لأصحابه.

أما بالنسبة للأساس الأول: فلعل مستند الأمام محمّد أقوى في الجملة مما اعتمدت عليه الآراء الأخرى، وذلك أن المدعي مهاجم، فهو البادئ بالخصومة، وهو الذي يخطط لها قبل أن يعرف خصمه شيئاً عن نواياه، فلو أعطي حق الاختيار، فربما يختار من القضاة من يعرف له رأياً يساعده في كسب القضية، أو موجباً آخر للمساعدة، أو على الأقل ربما يقع ذلك في نفس المدعى عليه، فيسبب له من ضعف الموقف والارتباك ما قد يجعله غير قادر على الدفاع عن حقه بصورة كاملة، ومن جهة أخرى وجدنا الشرع ينظر إلى المدعى عليه ويعتبر قوله أكثر من المدعي، حتى قبل قوله بيمينه إن عجز المدعي عن البينة فدل ذلك على أنه أولى بالاعتبار والنظر من المدعي، فيكون القول بجعل الاختيار في تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى من حق المدعي أقرب لروح الشريعة، وأكثر انسجاما مع اتجاه الشارع.

وأما بالنسبة للأساس الثاني: فلعل رأي ابن الماجشون من علماء المالكية فيما يتعلق بدعاوى العين يحقق مصلحة العدل واكتشاف الحق أكثر من غيره، وذلك أن المدعى به إذا كان عيناً من الأعيان وخصوصاً إذا كان عقاراً، فإنه يحتاج إلى الكشف عليه ومعاينته، والأدلة تتوفر حول مكان وجوده أكثر من أي مكان آخر، فإذا جعل الاختصاص لقاضي هذا المكان، كان في ذلك مظنة تحقيق فائدتين: الأولى: الاهتداء إلى جهة الحق، وإصابته،

بسبب اتصال القاضي بظروف القضية، والثانية: توفير وقت القضاء وتخفيف مؤنة البحث والتحقيق، ونرى أن هذه المصلحة فوق مصلحة المدعي المذكورة سابقاً، لأن هدف القضاء الأول هو معرفة الحق، وجعله في أهله، وبناء على هذا نرجح ما ذهب إليه ابن الماجشون من أصحاب الأمام مالك في جعل الاختصاص في دعاوى العين لقاضي مكان وجود العين المدعاة، ويظل مذهب الأمام محمّد بن الحسن راجحاً بالنسبة لدعاوى الدين.

القاضي المختص بنظر دعاوى الدفوع:

كل ما تقدم بالنسبة للدعاوى الأصلية، أما إذا كانت الدعوى دفعاً موجهاً من المدعى عليه إلى الدعوى الأصلية، فإن المنطق الفقهي يقضي بان تكون داخلة في اختصاص القاضي الناظر للدعوى الأصلية، لأن الحكم فيها متوقف على الحكم في الدفع الموجه إليها، ولو طبقت عليها الآراء السابقة لأدى ذلك إلى تعقيد في الإجراءات وإضاعة الوقت، مما لا يرضى عنه الشارع، ولا يؤيده الفقه السليم، ثم إن الدفع صورة من صور الجواب على الدعوى، كما سيأتي في الفصل الثالث من الباب الثاني، والجواب أثر مترتب عليها، فينبغي أن يجعل النظر فيه من اختصاص القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية، ضرورة عدم الفصل في هذا الأمر بين المؤثر وأثره.

القاضي المختص بنظر الدعوى في قانون المرافعات:

يجدر بنا أن نشير هنا إلى إن بحثنا سوف يقتصر -في هذا المقام- على ما يتعلق بما يسمى في قانون المرافعات وعند فقهائه بالاختصاص المكاني أو المحلي، كما أننا لن نتعرض إلا للقواعد العامة، وإشارة موجزة إلى مستثنياتها:

والقاعدة العامة المعتمدة في قانون المرافعات، وعند علمائه، هي تكليف المدعي برفع دعواه أمام المحكمة التي يكون محل المدعى عليه في دائرة اختصاصها[1]، وقد عللوا هذه

---

(١) انظر: المادة ٤٩ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

القاعدة بما هو قريب لما ذكر في تعليل مذهب الأمام محمّد بن الحسن، فقالوا: إن العدالة تقضي بان لا سلطة للمدعي على المدعى عليه قبل إثبات دعواه، بحيث يصير المدعى عليه منقاداً له تحت أوامره، ومقاصده، فليس له طلبه بمحكمة بعيدة عن محل إقامته، لما يلزم من ذلك تعطيل أشغاله، وصرف أمواله، وتحمل مشاق الانتقال، وأيضا المدعي هو الملزم قانوناً بإثبات دعواه، فكان الأولى بالحمل عليه دون المدعى عليه، إذ هو ليس ملزماً بشيء في الابتداء[1].

غير أنه يجدر بالإشارة هنا إلى أن هذا المعتمد في القانون الوضعي ليس شبيهاً بما ذهب إليه الأمام محمّد بن الحسن -كما قد يظن- فقد اعتمدنا هناك[2] أن التعبير عنده في تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى هو قول المدعى عليه واختياره، سواء أدى ذلك إلى اختيار قاضيه أو قاضي خصمه المدعي. وأما مقتضى تلك القاعدة المقررة في القانون فهو انه لا يجوز للمدعى عليه أن يطلب محاكمته لدى قاضي موطن المدعي، إلا إذا حصل اتفاق بينهما على ذلك، ومقتضى مذهب الأمام محمّد انه يجوز له ذلك، ولكن مذهب القانون في الاختصاص المكاني بالنسبة لدعاوى العين شبيه بما ذهب إليه مطرف وأصبغ وابن القاسم من علماء المالكية مع اختلاف في بعض الإجراءات التي جعلها هؤلاء العلماء من حق المدعي للتخفيف عنه[3].

والواقع أن اعتبار الرعاية للمدعى عليه والنظر لجانبه هو الذي حدا بالإمام محمّد بن الحسن وأهل القانون إلى تقرير مذهبيهما، والحق أن ما ذهب إليه الأمام محمّد -وهو المفتى به في المذهب الحنفي- أكثر استجابة لذلك الاعتبار، لأن كون المدعى عليه بريئاً حسب الظاهر يقتضي أن يعطى حق الاختيار بين محكمتين قد يثق في قضاة إحداهما أكثر مما يثق في قضاة الأخرى.

---

(١) توضيح المشكلات -أحمد عفيفي: جـ١ص٥٧.
(٢) انظر ص ٢١٦.
(٣) انظر ص ٢١٧.

ولكن قد يقال: إن ما ذهب إليه الأمام محمّد يؤدي إلى تعقيد في إجراءات رفع الدعوى، إذ يقتضي مذهبه أن يتوجه المدعي دائماً إلى خصمه، ليعرف المحكمة التي يقبّل مخاصمته لديها، وقد يتعنت هذا في إجابته، غير أن هذا أمر سهل يمكن تداركه بتخصيص إجراءات يجبر بها المدعى عليه على تعيين القاضي الذي ينظر في الدعوى، وقد يصلح لذلك نظام القضاء المستعجل المتبع في النظم القضائية الحديثة، وأحسن منه نظام الحسبة المعروف في الفقه الإسلامي.

هذا والعبرة في تحديد الاختصاص المحلي طبقاً لتلك القاعدة العامة المقررة في القانون هي بالموطن الحقيقي للمدعى عليه، لا بالموطن المختار، ولا بمحل الإقامة، ولا السكن، فمادام للمدعى عليه موطن حقيقي فيجب اعتباره في مخاصمته، ولا يجوز العدول عنه لغيره، بحجة أنه اقرب لمسكن المدعى عليه، أو محل إقامته، لأنه قد تكون له مصلحة دائماً في الوجود على مقربة من مركزه الرئيسي، وعلى اتصال به، فتتهيأ له وسائل الدفاع على أكمل وجه، ولا يجوز حرمانه من هذه الميزة إلا برضائه[1].

وقد وضع بعضهم الضابط التالي لتحديد موطن المدعى عليه الذي تعتبر محكمته مختصة بالدعوى، بقوله: «إن محل الإنسان هو الذي يقوم فيه باستيفاء ماله، وإيفاء ما عليه، ويعتبر وجوده فيه على الدوام، ولو لم يكن حاضراً به في بعض الأحيان، أو أغلبها وأنه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه أو بعبارة أخرى: هو المكان الذي يكون به مقره الأصلي، ومركز عمله، والذي إذا تركه، فإنما يتركه، وفي نيته الرجوع إليه»[2].

وهناك احتمالات أخرى احتاط لها قانون المرافعات بالنسبة لموطن المدعى عليه:

١- فقد لا يكون للمدعى عليه موطن بالمعنى والوصف المتقدمين، فيعتبر في مقاضاته -

---

(١) قواعد المرافعات -العشماوي: ص٤٨٦.

(٢) المرافعات المدنية والتجارية - محمّد حامد فهمي: ص٣٣٤.

عندئذ- المحكمة التي يكون بدائرتها سكنه أو محل إقامته[1].

٢- أما إذا كان للشخص أكثر من محل أو مكان إقامة واحد، وتعذر معرفة أيها هو الموطن أو المكان الأصلي، جاز مخاصمته أمام أية محكمة من المحاكم التي يكون في دوائرها تلك المواطن المتعددة، بل إن القضاء الفرنسي يصحح مخاصمته أمام المحكمة الكائن في دائرتها محله الظاهر، متى كان محله الحقيقي مجهولاً لدى المدعي، إن كان هذا الأخير حسن النية[2].

٣- وإذا تعدد المدعى عليهم، وكانت مواطنهم مختلفة، فترفع الدعوى أمام المحكمة الكائن في دائرتها محل أحد المدعى عليهم[3] ولكن يشترط في هذه الحالة أن يكون تعددهم حقيقياً، لا صورياً، كما لو خاصم أحد شركة وأحد وكلاء فروعها، فيجب في هذه الحالة الركون إلى المحكمة التي يقع في دائرتها مركز الشركة، وأن يكون جميع المدعى عليهم أصليين في الخصومة، وإلا فالمعتبر محكمة الأصلي، ولا عبرة بالتابع، وأن يكون للمدعي مصلحة في الجمع بين المتعددين في مخاصمتهم[4]، واشترط بعضهم في التعدد أن يكون مبنياً على اتحاد موضوع الطلب الموجه إليهم جميعاً، ووحدة في السبب المبني عليه ذلك الطلب[5].

الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة:

لقد رأينا أن اعتبار العدالة بين المتخاصمين -المقتضي رعاية الجانب الضعيف منهما هو أساس تلك القاعدة العامة القاضية باعتبار مكان المدعى عليه في تحديد المحكمة المختصة ولكن قد يقتضي هذا الاعتبار ذاته، رعاية غير المدعى عليه إن كان أضعف حالاً كما في دعاوى النسب، حيث جعل القانون الاختصاص فيها لمحكمة موطن المدعي، إلا إذا شاء هذا رفعها

---

(١) المادة ٤٩ من قانون المرفعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، المرافعات المدنية -محمد حامد فهمي: ص٣٣٤، قواعد المرافعات -عشماوي: ص٤٨٦.

(٢) المرافعات المدنية -محمد حامد فهمي: ص٣٣٤، قواعد المرافعات-العشماوي ص٤٨٦.

(٣) المرافعات المدنية -محمد حامد فهمي: ص٣٣٤، قواعد المرافعات-العشماوي ص٤٩٠ وما بعدها.

(٤) قواعد المرافعات-عشماوي:٤٩٣.

(٥) المرافعات المدنية-محمد حامد فهمي: ص٣٣٥.

لدى محكمة موطن المدعى عليه، وكما في الدعاوى التي ترفع بطلب نفقة مقررة، أو بطلب قيمة مبلغ التأمين، أو بطلب أثمان السلع التي تورد، أو أجور المساكن أو العمال أو الصناع[1].

وهنالك اعتبارات أخرى، بنى عليها القانون استثناءات أخرى كثيرة للقاعدة العامة المذكورة، أهمها: تسهيل الطريق للوصول إلى الحكم الصحيح، والاقتصاد في الوقت والنفقة، واختصار الإجراءات وذلك بأن يجعل الاختصاص لأقرب محكمة من مواد القضية، **وعلى هذا الاعتبار بنيت معظم الاستثناءات التي أوردوها على القاعدة العامة ومنها:**

١- الدعاوى العينية العقارية، ودعاوى الحيازة: حيث جعل قانون المرافعات الاختصاص فيها للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه، إن كانت هذه الأجزاء واقعة في دوائر محاكم متعددة[2] ومن أمثلة هذه الدعاوى: دعوى الملكية العقارية، والرهن العقاري، وحقوق الانتفاع، والاستعمال والسكنى، وغير ذلك، ويلحق بها دعاوى الحيازة الثلاث:

دعوى منع التعرض، ودعوى استرداد الحيازة، ودعوى إيقاف الأعمال الجديدة. وعلة هذا الاستثناء كما قدمنا إنما هو تسهيل الطريق للوصول إلى الحق في القضية؛ إذ المنازعات المتعلقة بالعقار قد يستلزم تحقيقها انتقال هيئة المحكمة لمعاينة محل النزاع أو تعيين خبير لمباشرة مأمورية بشأنه توجب انتقاله (مع الخصوم) إليه، فتكون أقرب المحاكم إلى مكان العقار هي أولاها بنظر هذه القضايا[3]. ويؤدي نص القانون إلى إمكان اختصاص أكثر من محكمة بدعوى العقار ذي الأجزاء، ونرى أنه ينبغي أن يعطى حق اختيار أحدها إلى المدعي، قياساً على حالة تعدد المدعى عليهم، ويرى بعض شراح القانون وجوب اعتبار محكمة موطن الجزء

---

(١) شرح قانون الاجراءات المدنية-عبدالباسط جميعي: ص٧٩ وما بعدها، أصول المرافعات أحمد مسلم: ص٢٧٠، ٢٧١.

(٢) المادة ١/٥٠ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

(٣) المرافعات المدنية والتجارية -محمد حامد فهمي ص٣٣٩، ٣٤٠.

الأكبر في المساحة أو في القيمة من العقار[1].

أما الدعاوى الشخصية العقارية، فالمدعي فيها مخير بين رفعها إلى محكمة موطن المدعى عليه، أو محكمة دائرة العقار ذي العلاقة، ولا يجد فقهاء القانون مثالاً لهذا النوع من الدعاوى سوى دعوى صحة التعاقد على عقار، اعتباراً بأن عقد البيع غير المسجل إذ لا تتولد عنه إلا التزامات شخصية، تكون الدعوى المتعلقة به دعوى شخصية، وبأن هذه الدعوى، إذ ترمي إلى تقرير حق عيني على عقار، تكون عقارية، وإذن فهي دعوى شخصية عقارية[2].

٢- دعاوى الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات: فقد جعل القانون الاختصاص فيها للمحكمة التي يكون في دائرتها موطن الشخص الاعتباري، وهو المقر الذي يكون في مركز إدارته[3] والحق أنه لا استثناء في هذا الحكم من القاعدة العامة إذا كانت الدعوى مرفوعة على الشخص الاعتباري، ولكن موضع الاستثناء يكون في الحالات التي يكون فيها الشخص الاعتباري مدعياً، أو يكون أحد أعضائه كذلك، والمدعى عليه شريك أو عضو آخر، ولا يطبق هذا الاستثناء في كل حالة يكون المدعى عليه غريباً عن الشخص الاعتباري، وبهذا يكون مجال هذا الاستثناء ضيقاً، ولا يطبق إلا على الدعاوى التي تعود إلى وجود الشخص الاعتباري[4].

وحكمة هذا الاستثناء هو ما قدمناه من ضرورة إتباع الطريق الأسهل لمعرفة المحق من المبطل في القضية، وذلك بالتمكن من فحص أوراق الشركة، ودفاترها بقليل من المشقة والنفقة[5]، بدليل أن هذا الاستثناء لا يسري إلا على الدعاوى المتعلقة بالشخص الاعتباري حيث موطنه هو مظنة اشتماله على كل ما يتعلق بهذه الدعاوى.

---

(١) المرجع السابق: ص٣٤٠.
(٢) أصول المرافعات -أحمد مسلم: ص٢٥٨.
(٣) المادة ٥٢ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
(٤) شرح قانون الاجراءات المدنية -عبدالباسط جميعي: ص٨٦، ٨٧.
(٥) قواعد المرافعات -عشماوي: ص٤٩٦.

٣- الدعاوى المتعلقة بالتركات: **فيختص بالنظر فيها محكمة آخر موطن للمتوفى**[١] **وذلك** لأن محل فتح التركة هو هذا الموطن، فجعل الاختصاص في الدعاوى المتعلقة بالتركة للمحكمة القريبة من محل افتتاحها يؤدي إلى الاقتصاد في الإجراءات من حيث النفقة والمشقة[٢].

٤- الدعاوى التجارية: يختص بالنظر فيها إحدى **محاكم ثلاث:**

أ- محكمة المدعى عليه، وهو ما تقتضيه القاعدة السالفة الذكر.

ب- المحكمة التي تم في دائرتها الاتفاق وتسليم البضاعة.

جـ- المحكمة التي يجب تنفيذ الاتفاق في دائرتها[٣].

والدعاوى التجارية هي ما يرفع على تاجر، أو يكون موضوعها مادة تجارية[٤].

٥- الدعاوى المتعلقة بالإفلاس والإعسار المدني: فينظر فيها المحكمة التي حكمت بشهر الإفلاس[٥]؛ إذ هي المحكمة التي لها العلم الوافي بكل الأمور المتعلقة به.

تلك هي القاعدة العامة ومستثنياتها في تحديد المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى. ولكنها غير ملزمة للطرفين إذا اتفقا على مخالفتها، ولهما الاتفاق على التقاضي أمام أية محكمة يريدونها[٦]، إذ لا علاقة لتلك الأحكام بالنظام العام، لأنه لم ينظر فيها إلا إلى مصلحة المتنازعين الخاصة.

---

(١) المادة ٥٣ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
(٢) قواعد المرافعات: ص٥٠٤.
(٣) المادة ٥٥ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
(٤) أصول المرافعات -أحمد مسلم:ص٢٧٢، ٢٧٣.
(٥) المادة ٥٤ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
(٦) المادة ٦٢ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

المبحث الخامس
في
أنواع الدعاوى والحق المدعى

للدعاوى تقسيمات مختلفة، **وأنواع كثيرة، يعود معظمها إلى اعتبارين:**

الاعتبار الأول: يعود إلى مدى صحة الدعاوى، وهذا بدوره يعود إلى توفر الشروط الشرعية فيها.

الاعتبار الثاني: يعود إلى تنوع الشيء المدعى، واختلافه.

ونذكر فيما يلي هذه التقسيمات العائدة إلى هذين الاعتبارين في مطلبين، ونبحث في مطلب ثالث «دعاوى الحيازة» باعتبارها إحدى أنواع الدعاوى التي كثر الكلام فيها، وخصوصاً عند أهل القانون.

المطلب الأول
في أنواع الدعاوى باعتبار صحتها

يمكن تقسيم الدعاوى من هذه الناحية إلى الأنواع التالية:

أولاً: الدعوى الصحيحة: وهي الدعوى المستوفية لجميع شرائطها، وتتضمن طلباً مشروعاً، وهذه الدعوى يترتب عليها جميع أحكامها: فيكلف الخصم بالحضور، وبالجواب إذا حضر، وتطلب من المدعي إذا أنكر خصمه، وتوجه اليمين إلى المدعى عليه إن عجز

المدعي عن البينة[1].

ثانياً: **الدعوى الفاسدة**: وهي الدعوى التي استوفت جميع شرائطها الأساسية، بحيث تكون صحيحة من جيث الأصل، ولكنها مختلة في بعض أوصافها الخارجية، أي في بعض نواحيها الفرعية، بصورة يمكن إصلاحها وتصحيحها[2]، ومثالها: أن يدعي شخص على آخر بدين، ولا يبين مقداره، أو يدعي عليه استحقاق عقار، ولا بين حدوده.

ونرى أن أسباب الفساد في الدعوى ترجع إلى نقصانها من أحد شرطين:

١- شرط المعلومية: سواء أكان هذا النقصان في معلومية الشيء المدعى ذاته، كما في المثالين السابقين، أم كان في ناحية أخرى، كنقصان معلومية سبب الاستحقاق في الدعاوى التي يشترط فيها ذكر السبب: وهي دعوى المثلي عند الحنفية وجميع أنواع الدعاوى في الرأي الراجح عند المالكية، ومنها أيضاً نقصان الدعوى من ذكر بعض شروط السبب عند من يشترط ذكرها، وسيأتي تفصيل كل ذلك في الفصل الثاني من هذا الباب عند الكلام عن «شرط المعلومية» من شروط الدعوى.

٢- الشروط المطلوبة في التعبير المكون للدعوى: وذلك أن الفقهاء اشترطوا في الخبر المكون للدعوى أن يشتمل على بعض الأمور، فإن لم يذكر المدعي هذه الأمور، أو بعضها، لم تكن الدعوى باطلة، وإنما فاسدة يمكن تصحيحها بذكر ما ينقصها، وذلك كأن تكون الدعوى في طلب عين من الأعيان، ولا يذكر المدعي فيها قوله: (أنها بيد المدعي عليه) أو قوله (بغير حق)، أو يكون متردداً في الألفاظ التي يستعملها كأن يقول: (أشك أو أظن أن لي على فلان ألف درهم مثلاً)، ففي جميع هذه الحالات لا ينبغي أن ترد الدعوى، وإنما يطلب من المدعي إكمال ما ينقصها، فإن فعل ذلك، نظرت دعواه، وطلب الجواب من خصمه، وإلا فترد إلى أن يصححها، ولكن يشترط في كل مرة يطلب فيها من المدعي تصحيح دعواه،

---

(١) المدخل الفقهي العام – مصطفى الزرقا: جـ٢ص٦٨٠، أصول استماع الدعوى ص٤٣.

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

أن لا يطلب القاضي ذلك بصيغة التلقين، كأن يقول: (فسر ما أجملت)، وإنما يخبر المدعي أنه إن فسر ما أجمل قبلت دعواه، وإلا فلا[1]، وإنما اقتضى ذلك مبدأ حياد القاضي بين الخصوم.

ويجدر بالذكر أن هذا الاصطلاح في تسمية هذه الأنواع من الدعاوى بالفاسدة، اختص به فقهاء الحنفية، وجعلوه في بعض أنواع التصرفات الشرعية أهمها العقود.

غير أن فقهاء الشافعية، ذكروا هذا النوع من الدعاوي، وجعلوا له نفسه الحكم الذي ذكرناه سابقاً، إلا أنهم يسمون هذا النوع من الدعاوى: بالدعاوى الناقصة، والدعوى الناقصة -عندهم- هي: كل دعوى يفتقر الحاكم في فصل الخصومة معها إلى شيء آخر[2]. وقد جعلوا الدعوى الناقصة على ضربين: ناقصة الصفة، وناقصة الشرط.

أما ناقصة الصفة: فإن المقصود بها الدعوى التي لم يفصل المدعي فيها أوصاف الشيء المدعى اللازم ذكرها، كأن يدعي، ولا يذكر حدود العقار، أو مقدار الدين أو غير ذلك، وفيها يجب على القاضي أن يسأل عن الناقص، فإن أكمله صحت، وإلا فلا.

وأما ناقصة الشرط: فيقصدون بها دعوى النكاح التي لا يذكر فيها الولي والشهود[3]. أما سائر المذاهب الأخرى، فإنهم لا يرون رد هذه الدعاوى أيضاً، وإنما يسأل المدعي عنها، فإن أكملها سمعت منه، وترتب عليها آثارها.

ويجدر بالذكر أن هنالك نوعاً من الدعاوى عند فقهاء المالكية وبعض الفقهاء من المذاهب الأخرى، تكون ناقصة في حكمها، لنقصان شرط من شروطها، وهذه هي الدعاوى التي ينقصها حصول خلطة، أو معاملة بين المدعي والمدعى عليه، فإنها تسمع، ولكن المدعى عليه لا يطالب باليمين إذا عجز المدعي عن إثباتها بالبينة . والفرق بين هذا النوع، والدعوى الفاسدة بالمعنى السابق، أن هذه دعوى صحيحة في حد ذاتها، وتترتب عليها أحكامها

---

(١) الحاوي: جـ١٣ق٤٥أ.

(٢) أدب القضاء: الغزي: ق١٠أ.

(٣) انظر هذا التقسيم في الحاوي للماوردي: جـ١٣ق٤٥ب.

جميعها إلا اليمين. والشرط الناقص فيها لا يمكن استكماله كما هو الحال في الدعوى الفاسدة، وسيأتي تفصيل هذا في «شروط الدعوى» إن شاء الله تعالى.

ثالثاً: الدعوى الباطلة: وهي الدعوى غير الصحيحة أصلاً، ولا يترتب عليها حكم، لأن إصلاحها غير ممكن، كما لو ادعى شخص قائلاً: أن جاري فلاناً موسر، وأنا فقير معسر، ولا يعطيني، فأطلب الحكم عليه بإعطائي صدقة، فهذه الدعوى باطلة[1].

وتعود أسباب البطلان في الدعاوى إلى فقد أحد الشروط الأساسية المطلوبة فيها، وهذه سوف نذكرها بالتفصيل في الفصل الثاني إن شاء الله، **ونكتفي هنا بذكر بعض الأمثلة:**

الدعوى التي يرفعها الشخص، ولا يكون له في رفعها صفة، كأن كان فضولياً، فلا تسمع دعواه، وتكون باطلة، وكذلك الدعوى المرفوعة على من ليس خصماً.

الدعوى المرفوعة من قبل شخص ليس له أهلية التصرفات الشرعية.

الدعوى التي لا تستند إلى حق ولو في الظاهر، كمن يطلب في دعواه الحكم على خصمه بوجوب إقراضه مالا، لأنه معسر.

دعوى ما ليس مشروعاً، كدعوى المطالبة بثمن الخمر أو الخنزير أو الميتة.

ومنها أيضاً دعوى قطع النزاع.

وقد تسمى هذه الدعاوى في المذاهب الأخرى غير الحنفية بالدعاوى الفاسدة، وهو اصطلاح عام عندهم يدخل تحته جميع الدعاوى المختلة في أية ناحية من نواحيها، وبذلك قد يدخل فيها ما ذكرناه تحت النوع الثاني من الدعاوى، وقد صنفها الماوردي من **الشافعية إلى أصناف ثلاثة:**

الصنف الأول: ما عاد فساده إلى المدعي، وذلك كمسلم ادعى نكاح مجوسية، فهذه

---

(١) أصول استماع الدعوى: ص٣٥-٤٥، المدخل الفقهي العام -مصطفى الزرقا: جـ٢ص٦٨٠، ٦٨١ أصول المحاكمات الحقوقية- فارس الخوري: ص٢٥١.

دعوى باطلة، لامتناع مقصودها في حق المدعي، فلم يكن للحاكم أن يسمعها منه.

الصنف الثاني: ما عاد فساده إلى الشيء المدعى، وجعل الصنف على ثلاثة أضرب:

١-الضرب الأول: دعوى ما لا تقر يده عليه، كالخمر والخنزير والسباع الضارية والحشرات المؤذية، فهذه دعوى باطلة، لوجوب دفع اليد عنها في حقوق المسلمين، فلم يكن للحاكم سماعها.

٢- الضرب الثاني: دعوى ما تقر عليه اليد، ولا تصح المعاوضة عنه، كجلود الميتة والسماد النجس، والكلاب المعلمة، فهذه تقر عليها اليد، للانتفاع بجلود الميتة إذا دبغت، وبالسماد في الزروع والشجر، وبالكلاب في الصيد والحراسة، فإذا توجهت الدعوى إلى شيء من هذا، لم يخل من أن يكون باقياً أو تالفاً، فإن كان تالفاً كانت الدعوى باطلة، لأنه لا يستحق بتلفها مثل ولا قيمة، وإن كانت باقية لم يخل أن يدعيها بمعاوضة، أو بغير معاوضة، فإن كانت الأولى، كأن يدعيها بالابتياع، كانت الدعوى باطلة، إلا أن يكون قد دفع ثمنها، فتكون دعواه متوجهة إلى الثمن إن طلبه، ويكون ذكر ابتياعها إخباراً عن السبب الموجب لاسترجاع الثمن، أما إذا ادعاها بغير معاوضة، فقد صحت دعواه من أحد ثلاثة أوجه:

أ- دعوى غصبها. ب- دعوى الوصية بها. جـ-دعوى هبتها.

٣- الضرب الثالث: دعوى ما تقر اليد عليه ملكاً، ولا يجوز أن ينتقل من مالك إلى مالك، وهذا كالوقف: فالدعوى فيه على المالك فاسدة، ولا يجوز أن يسمعها القاضي على مالك، لاستحالة انتقاله عن ملكه إلى ملك غيره.

الصنف الثالث: وهو شبيه بما ذكرناه في النوع الثاني من أنواع الدعاوى وهي الدعاوى التي لا ترد، وإنما يطلب إكمالها[1].

---

(١) انظر الحاوي للماوردي: جـ١٣ق٤٤ب، ٤٥أ.

ومن الدعاوى الباطلة التي لا يترتب عليها أثر من آثارها: دعوى المستحيل العقلي بالإجماع، ودعوى المستحيل العرفي عند معظم الفقهاء، وقد سماها بعض الفقهاء: بالدعوى الكاذبة، وذهب إلى أن أمثال هذه الدعاوى إن صدرت عن شخص أسقطت عدالته[1].

رابعاً: الدعاوى الممنوع سماعها: وهذه الدعاوى صحيحة في أصلها، وإنما منع ولي الأمر القضاة من سماعها، لاقتضاء المصلحة ذلك، وهذه كدعوى ما تقادم زمانه في يد المدعى عليه أو ذمته، ودعوى نقل ملكية العقار بسند عادي أو بعقد شفوي، ولكن هذه الدعاوى يُدعى فيها المدعى عليه، ويسأل عنها، فإن أقر، حكم بمقتضى إقراره، وإلا فترد الدعوى، ولا تسمع بعد ذلك[2].

المطلب الثاني
في أنواع الدعاوى باعتبار تنوع الشيء المدعى

تتنوع الدعاوى إلى أنواع كثيرة جداً حسب الشيء المدعى فيها، والمدعى في الدعوى لا يخلو أن يكون أحد الحقوق التي قررها الشارع، وهذه الحقوق تعود جميعها:

إما إلى حفظ النوع الإنساني، وبقاء النسل، وما يتبع ذلك.

وإما إلى حفظ الفرد الإنساني، وما يتبعه من حفظ عرضه وعقله، ودينه، وغير ذلك[3]وعلى هذا شرعت الدعاوى من اجل حماية هاتين الغايتين، وتحت هذا الأصل العام تتنوع الحقوق المدعاة إلى أنواع من حيثيات مختلفة، ويتفرع على ذلك تنوع الدعاوى التي تحميها، ونذكر فيما يلي هذه الحيثيات، وما يتفرع عليها:

---

(١) الحاوي للماوردي: جـ١٣ق٤٥أ.

(٢) أصول استماع الدعوى: ص٤٧،٤٨، أصول المحاكمات الحقوقية –فارس الخوري: ص٢٥١.

(٣) العناية: جـ ٦ ص١٣٧، تكملة فتح القدير. جـ٦ص١٣٧.

أولاً: فإن الشيء المدعى قد يكون فعلا محرماً وقع من المطلوب يوجب عقوبته: كالقتل أو قطع الطريق، أو سرقة، أو غير ذلك من أساليب العدوان، وقد لا يكون كذلك بأن يدعي عقداً من بيع أو قرض أو رهن أو ضمان أو غير ذلك.

فيتفرع عن ذلك تقسيم الدعاوى إلى قسمين رئيسيين هما: دعاوى التهمة، ودعاوى غير التهمة، فإن النوع الأول هو الذي يكون المدعى فيه فعلاً محرماً، يستوجب فاعله العقاب شرعاً، والنوع الثاني لا يكون المدعى فيه كذلك، وإنما قد يكون عيناً أودينـاً أو حقـاً شـرعياً محضاً.

وقد أشار إلى هذا التقسيم ابن قيم الجوزية من علماء الحنابلة[1] وهو معروف أيضاً في الفقه المالكي، فقد قسموا الدعاوى إلى قسمين: دعاوى التهم والعدوان، ودعاوى غير التهم والعدوان، وخصوا النوع الأول بأحكام زائدة على أحكام الصنف الآخر[2].

أما فائدة هذا التقسيم فتظهر في الإجراءات وطرق الإثبات المتبعة في كل من القسمين:

١- فإن كثيراً من دعاوى التهم والعدوان لا يثبت إلا بنصاب معين من الشهود يزيد في بعضها عن النصاب المطلوب في الدعاوى الأخرى، وكثير منها لا يثبت بالنكول إذا صدر من المدعى عليه.

٢- ثم إن كثيراً من الفقهاء والمذاهب قد أجازوا في حق المتهم أساليب من الإجراءات، لا يجوز اتخاذها في الدعاوى الأخرى، وذلك كحبس المتهم أو تعزيره إذا كان ممن تلحقهم التهمة المنسوبة إليه[3]، أو كان مجهول الحال[4].

---

(١) الطرق الحكيمة: ص١٠١، ١٠٢.
(٢) تبصرة الحكام: جـ٢ص١٥٢ ما بعدها.
(٣) تبصرة الحكام: جـ٢ص١٥٣ وما بعدها.
(٤) المرجع السابق: جـ ٢ص١٥٨، ١٥٩.

٣- وفي حالة عدم ثبوت الدعوى تختلف النتائج والأحكام المترتبة على ذلك بين ما إذا كانت الدعوى من القسم الأول حيث يستوجب المدعي تعزيراً أو حداً أو قصاصاً أو كانت من القسم الثاني، فلا تستوجب ذلك إلا في حالات نادرة.

وعند المالكية: إذا كان المدعى عليه من أهل الخير والدين والصلاح فإن هذه الدعاوى لا تقبل عليه، بل يرون تعزير المدعي حتى لا يتطرق الأرذال والأشرار إلى أذية أهل الفضل والاستهانة بهم[1].

وهذا التقسيم السابق في الفقه الإسلامي يقابله في الفقه الوضعي، تصنيف الدعاوى إلى: مدنية وجنائية، وتسمى هذه الأخيرة بالدعاوى العمومية، وهي التي تباشرها النيابة العامة، لطلب توقيع العقاب على من يرتكب جريمة ما، وهذا النوع من الدعاوى قد تكفل ببيان طبيعته، وكيفية مباشرته قانون الإجراءات الجنائية[2].

أم الدعاوى المدنية: فهي التي تتعلق بأموال الشخص وحالته، وقد تنشأ هذه الدعاوى عن ارتكاب جريمة، ويكون موضوعها المطالبة بتعويض، أو رد الشيء المسلوب وعندئذ تنقسم إلى دعاوى مدنية ترفع للمحاكم الجنائية، بطريق التبعية للدعوى العامة، وهذه لا شأن لقانون المرافعات بتنظيمها، ودعاوى ترفع بطريق أصلية أمام القضاء المدني وتخضع لقواعد قانون المرافعات[3].

ويرجع اختصاص كل من النوعين السابقين بتنظيمات، وقواعد خاصة إلى أن محاكمة الأفراد على ما يرتكبونه من الجرائم، إنما يتعلق بالمصلحة العامة، بخلاف الفصل في المنازعات التي تقوم بينهم في شأن حقوقهم الخاصة، فإنها تتعلق بمصالحهم الشخصية.

وهذا شبيه بما قرره الفقه الإسلامي من التمييز بين نوعين من الحقوق هما: حق اللّه أو

---

(١) المرجع السابق: ج٢ص١٥٣.
(٢) قواعد المرافعات - العشماوي: ص٦٠٢.
(٣) المرجع السابق.

حق الشرع، وحق العبد، وقرر للنوع الأول خصائص تختلف عن خصائص النوع الثاني منها: عدم جواز التنازل عنها، ووجوب تحصيلها سواء كانت حداً أو تعزيراً أو غير ذلك، ويترتب على هذا عدم جواز التنازل عن المطالبة بهذه الحقوق، وقد يجتمع هذان النوعان من الحقوق في أمر واحد[1]، وعندئذ يجوز تنازل العبد عن حقه الخاص، ويبقى حق الشرع غير قابل للتنازل، ويجب استيفاؤه[2].

وأما تخصيص كل نوع من هذين النوعين بمحاكم خاصة، وقضاة خصوصيين فليس تمنعه قواعد الفقه الإسلامي في القضاء، وقد مر جواز تخصيص القضاء بالمكان والنوع والزمان وغير ذلك.

ثانياً: كما قد يكون الشيء المدعى عيناً أو ديناً أو حقاً شرعياً محضاً.

والعين في الفقه الإسلامي أكثر اتساعاً من الحق العيني في الفقه الوضعي، وذلك أن الالتزام بالعين يعتبر من قبيل العين في الفقه الإسلامي، بينما هو من قبيل الحق الشخصي في الفقه الوضعي.

أما الدين فيقتصر في الفقه الإسلامي على ما يثبت في الذمة، ومحله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية أو ما يشبهها، لأن هذه الأشياء هي التي تثبت في الذمة، ولا يشكل هذا المفهوم للدين إلا جزءا من المفاهيم التي يعطيها الحق الشخصي إذ هو رابطة ما بين شخصين: دائن ومدين، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، فالالتزام بالعين، والالتزام بالعمل أو الامتناع عنه وكذلك الالتزام التوثيق داخلة تحت مفهوم الحق الشخصي، ولكنها لا تدخل في مفهوم الدين في الفقه الإسلامي[3].

صحيح أن مفهوم الدين في غير المذهب الحنفي يتسع إلى حد ما عن مفهومه السابق،

---

(١) الطرق الحكيمة: ص١٠١، ١٠٢.

(٢) الفواكه البدرية-ابن الغرس: ص٦٩.

(٣) مصادر الحق في الفقه الإسلامي-السنهوري: جـ١ ص١٣-٢٠.

لأنهم يتوسعون فيما يثبت في الذمة، فيلحقون بالمثليات كل عين يمكن ضبطها بالوصف - كما سيأتي في الفصل التالي- ولكن دائرته تظل أضيق بكثير منها في القانون والفقه المدني، لأنها تبقى محدودة بما يثبت في الذمة، وحتى هذه الأشياء العينية التي يمكن ضبطها بالوصف لا تثبت في الذمة إلا عن طريق واحد، هو طريق عقد السلم.

وأما الحق الشرعي المحض فلا نقصد به الحق بمعناه العام المتقدم في التمهيد وإنما نقصد به تلك الحقوق التي لا تعتبر مالا من الأموال، فلا تباع ولا تبتاع، ولا تنتقل بأي من وسائل نقل الملكية، وهذه مثل حقوق العائلة، أو كحق الشفعة وغيرها.

ويتفرع على التقسيم المقدم للشيء المدعى تصنيف الدعاوى إلى ثلاثة أصناف:

دعاوى العين، ودعاوى الدين، ودعاوى الحقوق الشرعية[1]، **وفيما يلي تفصيل هذه الأصناف:**

الصنف الأول: دعاوى العين:

وهي تلك الدعاوى التي يكون محلها عيناً من الأعيان، وهي ما يسمى في القانون الوضعي بالدعاوى العينية، حيث يكون محلها حقاً عينياً، والعين فيها إما أن تكون عقاراً، فتسمى بدعوى العقار في الفقه الإسلامي، أو الدعوى العقارية في الفقه الوضعي، أو تكون منقولة، فتسمى دعوى المنقول في الفقه الإسلامي، والدعوى المنقولة في الفقه الوضعي[2].

ولكن هذه الدعوى في الفقه الإسلامي أوسع مفهوماً منها في الفقه الوضعي، لما قلنا من اتساع مفهوم العين في الفقه الإسلامي عن مفهوم الحق العيني في القانون والفقه الوضعي.

---

(١) انظر هذا التصنيف في مخطوط أدب القضاء لابن أبي الدم: ق٢٥أ.

(٢) ونرى أنه إن صح تسمية الدعوى التي يكون محلها عقاراً بالدعوى العقارية نسبة الى محلها، فإن تسمية دعوى المنقول بالدعوى المنقولة غير موفق إلى حد بعيد، لأن الدعوى سواء كانت مكنة من المكنات أو كانت مطالبة بحق لا يرد عليها هذا الوصف، وإن كان لا بد من نسبتها، فالمناسب أن تسمى بالدعوى العروضية نسبة إلى العروض، وهي الأشياء المنقولة.

الصنف الثاني: دعاوى الدين:

وهي ما يكون محلها ديناً في الذمة يدعيه المدعي على المدعى عليه، مهما كان سبب هذا الدين، سواء أكان عقد قرض، أم كان ثمن مبيع أم كان ضماناً لشيء أتلفه المدعى عليه أو دابته، وهي تقابل ما يسمى بالدعاوى الشخصية في القانون تقريباً، وإنما قلنا (تقريباً)، لأن هذه الأخيرة أوسع مفهوماً من دعاوى الدين في الفقه الإسلامي، إذ هي تشمل جميع دعاوى الالتزام بما فيه: الالتزام بإعطاء شيء أو بعمل أو الامتناع عن عمل، أو تسليم عين، بالإضافة إلى الالتزام بالدين الذي تقتصر عليه دعوى الدين في الفقه الإسلامي. ولذلك فإنا نجد في الفقه الوضعي ما يسمى بالدعاوي الشخصية العينية، سواء كانت شخصية منقولة أو كانت شخصية عقارية، وهي دعاوى الالتزام بالأعيان: منقولة كانت أو عقارية[1] ولا نجد مثيلا لها في الفقه الإسلامي، لأن هذه الدعاوى جميعها تدخل في عداد الدعاوى العينية، إذ الالتزام بالعين يدخل في عداد العين، ولا يدخل في الدين، كما قدمنا.

أما دعاوى التصرف، فهي دعاوى عين في الفقه الإسلامي سواء توجهت إلى المنقول أو العقار، لأنها تهدف إلى حماية الأعيان، وهي ما يسمى في المرافعات بدعوى الحيازة ولا يدخل في مفهومها إلا ما توجه منها لحماية العقار، وتعتبر عينية عقارية في قانون المرافعات وفقهه.

وهنالك بعض أنواع من الدعاوى اختلف شراح قانون المرافعات في تكييفها، وهي: دعاوى الفسخ، ودعاوى القسمة، ودعاوى البطلان، ودعاوى إبطال تصرفات المدين، ودعاوى فصل الحدود[2] فبعضهم جعلها من قبيل الدعاوى العينية، وآخرون جعلوها من قبيل الدعاوى الشخصية، وبعضهم رجح تكييفاً معيناً لبعض هذه الأنواع، والتكييف الاخر للبعض الباقي.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فإنا نرى أنه ينبغي التفريق بين المحال والتي تتوجه إليها هذه

---

(١) انظر هذا التقسيم في قواعد المرافعات ـ العشماوي: ص ٦٠٣.
(٢) انظر قواعد المرافعات -العشماوي: ص٦٠٤، ٦٠٧.

الدعاوى في أغلبيتها:

فبالنسبة لدعاوى الفسخ مثلاً فإنه ينبغي التفريق بين حالتين:

الأولى: أن يكون الفسخ المطلوب الحكم به متوجهاً إلى تصرف مرتب لدين في الذمة، فتكون هذه الدعوى دعوى دين، لأنها ترمي إلى الحكم بإبطال هذا الدين المترتب على عدم الفسخ، وذلك كما لو قصد بالدعوى فسخ عقد القرض أو عقد الكفالة بالدين، ونحو ذلك.

الثانية: أن يكون الفسخ متوجهاً إلى تصرف يترتب عليه التزام بالعين فتكون دعواه دعوى عين، فإن قيل: قد يرتب التصرف المطلوب فسخه بالدعوى ديناً في الذمة، والتزاماً بالعين في آن واحد، أجبنا على ذلك بأن العبرة للمدعي: بحيث تعتبر دعواه دعوى عين إذا رمى بها إلى استعادة عينه أو مركز شرعي متعلق بها، ودعوى دين إن رمى بها إنشاء أو إبطال دين في الذمة، ولتوضيح ذلك نضرب هذا المثل:

في دعوى فسخ عقد البيع: إذا رفعها البائع كانت دعواه دعوى عين، لأنها يقصد بها استرداد العين إلى ملكية المدعي، وأما إذا رفعها المشتري كانت دعوى دين لأنه يقصد استرداد الثمن الذي يعتبر ديناً له في ذمة البائع إن قبضه، أو إبطال استحقاق هذا الثمن في ذمته إن لم يكن البائع قد قبضه، أو كان مؤجلاً. ومثل هذا يقال بالنسبة لما ذكرنا من الدعاوى السابقة.

وأما دعوى فصل الحدود فإنه لا يتصور فيها إلا أن تكون دعوى عين في الفقه الإسلامي.

والحاصل أن كل دعوى ترفع لتثبت حقاً في العين، أو لتثبت ما يؤول إلى إثبات حق في العين تعتبر دعوى عين في الفقه الإسلامي، وكل دعوى ترفع من أجل إثبات دين في ذمة المدعى عليه أو إسقاطه من ذمة المدعي -بغض النظر عن اختلاف الفقهاء في مدى ما يثبت في الذمة من الأشياء- تعتبر دعوى دين.

وإنا لنرى أن النظر الدقيق يؤيد الفقه الإسلامي في تصنيفاته وتقسيماته، لأن الالتزام بالعين بمختلف صوره يقترب من الحق العيني -بمفهومه القانوني- في جميع خصائصه: فهو

ينصب على العين كالحق العيني، وهو أيضاً لا يحتاج إلى وساطة المدين، كما أنه لا يرد عليه الأجل، ولا تصح به المقاصة، ولا يجوز فيه الإبراء، كل ذلك بعكس الدين[1].

وإذا كان كذلك وجب حشره في زمرة الحق العيني، واعتبار دعاويه من قبيل الدعاوى العينية، ومن جهة أخرى، فإن ذلك الاتجاه في التصنيف يقلل من أنواع الدعاوى ويخفف من غلواء التنوع والاختلاف بينها، مما يؤدي إلى تقليل الفروق بينها من حيث النتائج المترتبة على هذه التصنيفات. وفي ذلك يقول المرحوم الدكتور أبو هيف (وخير الاجتهادات ما يقلل هذه الفروق لكي لا تتشعب قواعد الاختصاص)[2].

الصنف الثالث: دعاوى الحقوق الشرعية:

ونقصد بها تلك الدعاوى التي يطلب فيها الحقوق الأخرى، التي لا تدخل في زمرة الأعيان، ولا زمرة الديون، وليس لها خصائصها، من قابلية للانتقال بعوض أو بغيره، ومعظمها يتعلق بالحقوق العائلية من نسب ونكاح وحضانة وغير ذلك، ومنها دعاوى الشفعة أيضاً وغيرها[3].

وقد أشار إلى هذا الصنف من الدعاوى كثير من شراح القانون[4].

فائدة هذا التصنيف:

إن أهم ما يستفاد من ذلك التصنيف لأنواع الدعاوى في الفقه الإسلامي أمران هما:

الأمر الأول: معرفة الخصم الذي توجه إليه الدعوى: فقد وضع الفقهاء قواعد كثيرة

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي- السنهوري: ص٢٤.
(٢) المرافعات المدنية والتجارية- أبو هيف: ص٢٥٦.
(٣) أدب القضاء-ابن أبي الدم: ق٢٥أ.
(٤) الوجيز في أصول المحاكمات- رزق الله انطاكي: ص١٧٦، المرافعات المدنية -ابوهيف: ص٢٥٤، ٢٥٥، قواعد المرافعات- العشاوي: ص٦٠٣.

سوف نذكرها بالتفصيل في الفصل التالي- لتعيين المدعى عليه في كل صنف من تلك الأصناف من الدعاوى، وجعلوا لكل نوع منها قاعدة خاصة لها في تعيينه، وبذلك يسهل معرفة من هو الخصم في الدعوى، إذا عرفت من أي صنف هي.

الأمر الثاني: معرفة الطريقة التي بها يعلم الشيء المدعى في الدعوى: فإنه سوف يأتي في الفصل التالي قواعد متعددة للطريقة التي يعلم فيها المدعى في الدعاوى، حيث وضع الفقهاء قواعد لذلك، وتختص كل زمرة من تلك الدعاوى بقاعدة عامة: فجعلوا لمعلومية المدعى في دعاوى الدين قاعدة عامة، وكذلك لدعاوى العين، ودعاوى الحقوق المحضة، وفي كل مرة يريد القاضي تحديد الشيء المدعى في الدعوى ينبغي عليه أن يعرف من أي صنف هي.

وهناك أحكام أخرى تختص بها بعض تلك الأنواع عن بعض، وعند المالكية يستفاد من هذا التصنيف معرفة القاضي المختص بنظر الدعوى، فقد علم مما سبق أن القاضي الذي يختص بدعوى الدين إنما هو القاضي الذي يعينه الطالب وهو المدعي، وأما في دعاوى العين، فقد مر في المبحث السابق أن هنالك قولين في المذهب: الأول وهو المشهور: أنه قاضي المحلة التي يكون فيها المدعى عليه، والثاني أنه قاضي محلة العين المدعاة.

وأما فائدة هذا التقسيم في قانون المرافعات وعند فقهائه:

١- فيعود في الأعم الأغلب إلى تعيين المحكمة المختصة بنظر الدعوى[(١)]:

فقد قدمنا أن الاختصاص في الدعاوى العينية العقارية يكون لمحكمة موطن العقار في محل الدعوى، ويدخل في ضمن هذا النوع من الدعاوى دعاوى الحيازة، فتلحق بها من حيث الاختصاص[(٢)].

أما إذا كانت الدعاوى العقارية شخصية فيكون الاختصاص فيها للمحكمة التي يقع في

---

(١) شرح قانون الاجراءات المدنية ص٢٨٠.

(٢) المادة ٥٠ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

دائرتها العقار، أو لمحكمة موطن المدعى عليه[1].

وأما سائر الدعاوى من عينية منقولة وشخصية فتسري عليها القاعدة العامة في الاختصاص، والتي تقضي أن يجعل فيها للمحكمة المختصة بموطن المدعى عليه[2].

أما دعاوى الحقوق الأخرى، فلها أحكام أخرى في الاختصاص، وكثير منها تسري عليه القاعدة العامة، وقد فصلنا كل ذلك في المبحث السابق من هذا الفصل.

٢- وهنالك فوائد أخرى لهذا التقسيم: أهمها يعود إلى معرفة الخصم صاحب الصفة، الذي يجوز توجيه الدعوى إليه: فالدعاوى العينية توجه لمن تكون العين المدعاة في يده، ويترتب على ربحها حق امتياز لصاحبها على سائر دائني المدعى عليه العاديين، بعكس الدعاوى الشخصية، حيث لا يمكن رفعها إلا على المدين بالذات أو ورثته[3]، ويقتسم المدعي الذي كسب دعواه أموال المدين المحكوم عليه مع باقي الديانة قسمة غرماء، بلا تمييز بينه وبنيهم[4].

ثالثاً: والشيء المدعى قد يكون حقاً أصلياً، كما قد يكون يداً وتصرفاً، وبناء عليه تنقسم الدعاوى إلى قسمين:

دعاوى الحق، ودعاوى الحيازة أو دعاوى وضع اليد، وفي الأولى يطلب الحكم بالحق الأصلي، وهو حق الملك أو ما يتفرع عنه من الحقوق. ويطلب في الثانية الحكم بوضع اليد على العين محل الدعوى، والفقه الإسلامي لا يضع الحدود والفواصل بين هذين النوعين من الدعاوى. كما سنرى في قانون المرافعات، لأن الحيازة مظهر الملك من جهة، وثمرته من جهة أخرى، وفي القانون الوضعي ينفصل النوعان من الدعاوى عن بعضهما، ويجعل لكل منهما أحكام خاصة، وهذا ما يدعونا إلى تخصيص مطلب مستقل لبحث هذا النوع من الدعاوى.

---

(١) المادة ٥٠ من قانون المرافعات الجديدرقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

(٢) المادة ٤٩ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

(٣) شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي -عبدالجليل برتو:ص٤٤، توضيح المشكلات- أحمد عفيفي: جـ١ص٣٥.

(٤) المرافعات المدنية والتجارية-أبو هيف: ص٢٥١، ٢٥٢.

المطلب الثالث
في دعاوى الحيازة

تعريف الحيازة في الفقه الإسلامي ومراتبها:

الحيازة: والحوز ضم الشيء[1]،ويقصد بها عند الفقهاء: استيلاء الشخص على عين من الأعيان، بحيث تكون تحت قدرته وسيطرته[2]،وهي بذلك لها مفهوم متميز عن الملك، إذ هو استحقاق التصرف في الشيء بكل ما يجوز شرعاً، أصالة[3]، وأما التصرف في الشيء، فهو مظهر من مظاهر الحيازة ودليل عليها، ولذلك فإن الحيازة تتنوع بتنوع التصرف الدال عليها، ولذلك قال ابن رشد: (الحيازة تكون بثلاثة أشياء: بالبيع والهبة ونحو ذلك، والثاني: الزرع والاستغلال والسكنى، والثالث الغرس والبناء والإحياء)[4].

وقد جعل العز بن عبدالسلام الحيازة من حيث قوتها أربع رتب:

الرتبة الأولى: ما اشتد اتصاله بالإنسان، كثيابه التي هو لابسها، ونعله الذي هو في رجله، أو نقوده التي في يده، أو في جيبه، فهذا الاتصال أقوى الأيدي، لاحتوائه عليها، ودنوه منها.

الرتبة الثانية: وهي كالبساط الذي هو جالس عليه، أو الدابة التي يركبها ونحو ذلك .

الرتبة الثالثة: كالدابة التي هو سائقها، فإن حيازته أضعف من حيازة راكبها.

الرتبة الرابعة: كالدار التي هو ساكنها، ودلالتها دون دلالة الراكب والسائق، لأنه غير مستول على جميعها[5].

---

(١) القاموس المحيط: مادة «حوز»

(٢) منح الجليل: جـ٤ص٣١٤.

(٣) المرجع السابق.

(٤) العقد المنظم للحكام: جـ٢ص٦٣.

(٥) قواعد الأحكام: جـ٢ص١٤١.

أهمية الحيازة في الفقه الإسلامي:

ذلك هو معنى الحيازة عند الفقهاء، ومراتبها، ويسميها كثير منهم «وضع اليد»، ولكن ما هي قيمتها في الفقه الإسلامي؟ وبالتالي ما هي وسائل حمايتها؟ وفي الإجابة على هذا السؤال ينبغي التفريق بين حالتين:

الحالة الأولى:

حيث يكون المصدر الذي آلت به الحيازة إلى الحائز معروفاً، ففي هذه الحالة: إما أن تكون حيازة مشروعة، لأنها ثمرة حق متولد عن تصرف شرعي صحيح، كحق الملكية المتولد من بيع أو إحياء أو هبة أو غير ذلك، وإما أن تكون حيازة باطلة شرعاً، ينبغي إبطالها، واعادتها إلى اليد التي تستحقها، كما في الحيازة الآيلة من غصب أو غش أو سرقة أو نحو ذلك من التصرفات الباطلة في نظر الشارع، والتي ينبغي إبطالها حين كشفها[1].

الحالة الثانية:

حيث لا يعرف المصدر الذي تولدت منه الحيازة[2]،فتدل في بداية الأمر على ظاهر يدل على وجود حق من ورائها، بحيث إذا نوزع صاحبها حول الشيء المحوز كان ذا موقف قوي، لأنه يعتضد بالظاهر المستمد من قرينة الحيازة، فيجعل مدعى عليه غير مكلف بالإثبات، ولكن هذا الظاهر المستمد منها لا يقف أمام البينة الشرعية، حيث تقبل، فيحكم بالشيء المحوز المتنازع عليه لصاحب البينة، وتجعل الحيازة فيه للمحكوم له، غير أن هذا النوع من الحيازة يكتسب قوة أكبر بمضي المدة إذا توافرت فيه شروط أخرى ذكرها بالتفصيل معظم علماء المالكية، وكثير من علماء الحنفية، تصل في كثير من الأحيان إلى حد ترجح فيه على البينة، بل تهدر البينة بجانبها، فيحكم بالملك لصاحبها عند المالكية، وترفض الدعوى عند

---

(١) الفروق: جـ٤ص٧٨، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٢٦، حاشية الجمل: جـ٥ص٣٩٨.
(٢) الفروق: جـ٤ص٧٨.

الحنفية[1]، كما تتفاوت قوة الحيازة أيضاً بتفاوت الصلة بين المتنازعين على الشيء المحوز، فتزداد قوة بين الأجانب، وتضعف بين الأقارب والشركاء، وتكاد تنعدم بين الأب وابنه[2].

يتضح من كل ذلك أن الحيازة في الفقه الإسلامي لها فائدة معتبرة. وأصل هذه الأهمية المعطاة لها مستمدة مما ورد عن رسول الله ﷺ انه قال (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له)[3].

ولكن هذا الحديث ليس على إطلاقه في مدلوله المتبادر منه، فقد ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال: (لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم)[4].

ويبدو لأول وهلة أن هذين الحديثين لا يلتقيان في مفهومهما، ولكن الأمر ليس كذلك: فإن معنى الحديث الأول أن حيازة الشيء لا تنقل ملكيته إلى الحائز بذاتها، وإنما تدل على انه انتقل إلى يد الحائز بتصرف مشروع، إذا كان صاحبه الأول حاضراً يراه في يد غيره، ولا يطالب به، ولا مانع من ذلك طوال هذه المدة، فاعتبرت الحيازة-بالشروط الكثيرة التي ذكرها الفقهاء- نوعاً من الحجة الشرعية الدالة على الملك لا يقف أمامها إقرار الحائز بعدم أحقيته بالشيء المحوز، و لم تعتبر البينة، التي يقدمها المدعي على الحائز، واعتبرت قرينة الحيازة أقوى منها، وبذلك يكون المقصود بالحديث الأول أن (من حاز شيئاً تلك المدة الطويلة، يحكم له بملكيته ذلك الشيء) وذلك إذا ادعى الحائز ملكيته لدى القاضي، و لم يقر بملكيته لخصمه، وهذا هو ما أشار إليه العلامة المالكي ابن رشد بقوله: (الحيازة لا تنقل الملك عن

---

(١) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٥٦، حاشية ابن عابدين: جـ٥ص٥٦٥، تكملة حاشية ابن عابدين جـ٧ص٤٨٦، التاج والإكليل: جـ٦ص١٩٢، شرح الخرشي: جـ٧ص٢٤٢، حاشية الدسوقي: جـ٤ص٢٣٣، وقد بحث هذا الموضوع بحثاً جيداً التسولي في كتاب: البهجة في شرح التحفة: جـ٢ص٢٧٧-٢٨٢.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: جـ٢ص٢٧٧-٢٨٢.

(٣) ذكر صاحب «مسالك الدلالة» ان هذا الحديث رواه ابن وهب عن عبد الجبار بن عمر عن ربيعة بن أبي عبدالرحمن عن سعيد بن المسيب برفع الحديث - مسالك الدلالة: ص٣٣١ وجاء في كنز العمال: جـ٢ص١٨٦ انه حديث مرسل عن زيد بن أسلم، ورد في الجامع لعبد الرزاق.

(٤) ذكره الشيخ عليش في منح الجليل: جـ٤ص٣٤٠.

المحوز عليه إلى الحائز، ولكنها تدل عليه، كإرخاء الستور، ومعرفة العفاص والوكاء)[1].

وأما الحديث الثاني -فهو على عمومه يدل على أن الحقوق لا تنقضي، ولا تنتقل بمضي المدة سواء أكانت عيناً أم ديناً، غير أن مضي المدة إذا اقترن بالحيازة الخاصة التي ذكرها الفقهاء، كان ذلك قرينة قوية على انتقال الملك، ونوعاً من الحجة الدالة عليه كما قدمنا، نعم قد لا يكون الأمر كذلك في الواقع، فيظل الحق لصاحبه في الباطن، ويحرم على المحكوم له التصرف فيه ديانة، وإن حكم به له قضاء، ومثل هذا التعارض في بعض الفرعيات بين حكم القضاء وحكم الديانة لا بد منه بين مخلوقات بشرية تتنازعها العواطف المختلفة، وتبني جميع أحكامها على الظن، إذ لا سبيل لها إلى اليقين، ويدل على صحة هذا القول ما ورد عن رسول الله ﷺ أنه جاءه اثنان يختصمان في مواريث لهما، فقال ﷺ (إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً، فلا يأخذه فإنما أقطع له به قطعة من النار)[2].

ووجه الدلالة في هذا الحديث على ما قدمناه: أن رسول الله ﷺ أخبر أنه يقضي بينهما على نحو ما سمع منهما، أي بناء على الظاهر، وأشار إلى أن قضاءه قد يؤدي إلى الحكم لواحد من المتنازعين بما لا يستحقه، فأخبر أنه إن كان حكمه عليه الصلاة والسلام يتيح للمحكوم له أن يتصرف به في هذه الدنيا، فإنه سوف يتعرض لأشد العقاب في اليوم الآخر.

وهكذا فإن ذلك النقص في الحياة البشرية يكمله الإسلام بتربية الضمير الإنساني على الصدق والخوف من الله، وعدم استغلال الظاهر وعجز الإنسان عن معرفة الغيب، وهذه خاصية تفتقر إليها جميع التشريعات المعاصرة، حيث تهمل هذه الناحية وتجعلها من خصوصيات الأفراد.

---

(١) منح الجليل: جـ٤ص٣٣٦، الفواكه الدواني: جـ٣ص١٤٩، وقوله كارخاء الستور أي الدال على حصول النكاح،ومعرفة العفاص والوكاء: أي الدال على الملك لمدعي اللقطة، والعفاص هو الوعاء الذي يكون فيه الشيء الضائع، والوكاء هو الخيط الذي تكون مربوطة به، فإذا عرفها مدعي اللقطة يأخذها قيل بيمينه، وقيل بدون يمينه، وعند عدم وجودهما يعتبر معرفته للصفات الأخرى- انظر تبصرة الحكام: جـ٢ص١٠٤، ١٠٥.

(٢) سبق تخريجه في ص٤٣.

ومما تقدم يتبين أن الحيازة في الفقه الإسلامي مصلحة يرعاها الشارع ويحميها إلى أن يتبين ارتكازها على سبب باطل، فلا يعترف بها ولو طالت، ولذلك صرح كثير من الفقهاء بأن الحيازة حق مقصود للإنسان[1]، فيصح أن تطلب بالدعوى، سواء أطلب الحكم بها، أم طلب إعادتها إلى من سلبت منه أم دفع التعرض لها، أم غير ذلك. فالحيازة محمية في الفقه الإسلامي إلى أن يثبت عدم أحقيتها. وقبل أن نستعرض ما ذكره الفقهاء من مظاهر الحماية الشرعية للحيازة فإننا ننبه قبل ذلك إلى أن هذه المظاهر تمتزج إلى حد بعيد مع مظاهر حماية الحق الأصلي الذي تكون الحيازة ثمرة من ثماره، وإحدى موجباته في معظم الأحيان، ولا نجد محاولة للفصل بينهما في الفقه الإسلامي كما هو الحال في القانون المدني والفقه الوضعي، ولذلك نجد الفقهاء يبحثون هذين المظهرين من مظاهر الحماية من غير تمييز بين دعاوى الحيازة، ودعاوى الحق الأصلي، ويعتبرون حماية أحدهما حماية للآخر: فهم يقولون -مثلاً- بصحة دعوى منع التعرض، ولكنهم يبحثونها كدعوى مشروعة لحماية الحق الأصلي، وهو حق الملكية أو غيره، من أي اعتداء، ويعتبرونها إحدى دعاوى الحق، وكذلك يقولون بصحة الدعوى المرفوعة من أجل استرداد المغصوب، ويكون المقصود بهذه الدعوى حماية الحق المغصوب مهما كان: عقاراً أو منقولاً، وذلك لأن الحيازة -كما تقدم-[2] إما أن تكون موجبا للحق وأثراً من آثاره، وإما أن تكون دليلاً أولياً عليه، فتكون حمايتها حماية له، وحمايته حماية لها، **ونذكر فيما يلي بعض مظاهر هذه الحماية:**

أولاً: دعوى دفع التعرض:

التعرض في اللغة هو التصدي[3]، وحقيقة التعرض المقصود في هذا المقام أن يحاول غير

---

(١) المبسوط: جـ١٧ص٣٥، العناية وتكملة فتح القدير على الهداية: جـ٦ص٢٥٦، ٢٥٧، صرة الفتاوى: ق٣٩١أ.

(٢) انظر ص ٢٤٥.

(٣) المصباح المنير: جـ٢ص٢٤، طبع المطبعة العلمية سنة ١٣١٥هـ، وقد جاء فيه أيضاً قوله(لا تعترض له فتمنعه باعتراضك أن يبلغ مراده، لأنه يقال: سرت فعرض لي في الطريق عارض من جبل ونحوه، أي مانع يمنع من المضي) والشافعية يسمون هذه الدعوة ((دعوى دفع المعارضة)) انظر: الحاوي الكبير: ج١٣ق٤٤ب، ادب القضاء للغزي: ق٥ب.

ذي حق الاستيلاء على ما هو لغيره بـالقهر والغلبـة، أو بالاستعانة بقضـاء القـاضي، فـيرفع صاحب الحق دعوى يطلب بها منع تعرضه له إن لم يستطع دفعه بنفسه[1].

وقد قرر الشافعية أن التعرض هو كل ما يستضر به صاحب الحق المدعي: إما بمد اليد إلى ملكه، أو بما يمنعه من التصرف فيه، أو بملازمته عليه، وقطعه عن أشغاله[2].

وقد أجاز الفقهاء هذه الدعوى مهما كان محلها: عقاراً أو منقـولاً[3]،بـل ذهـب فقهـاء المذهب الشافعي إلى جوازها لدفع تعرض موجه إلى ذمـة شـخص آخـر، كـأن يطالبـه بديـن يدعيه في ذمته، فيتضرر من هذه المطالبة، كأن يلازمه في نفسـه أو يشـنع عليـه في جاهـه، أو غير ذلك، أما إذا كانت مطالبته لا تضره، فإنه لا تصح دعوى دفع المعارضة منه[4].

ويشترط في هذه الدعوى أن يكون المدعى بـه فيهـا معلومـاً، ويكـون ذلـك بذكـر المـال المعتدي عليه، ونوع العدوان الحاصل، كما يشترط فيهـا أن يذكـر المدعـي أن الشـيء الـذي تعرض للاعتداء هو ملكه، أو له عليه حق من الحقوق، ويذكر أنه لا حق للمدعى عليـه في معارضته[5].

وتختلف هذه الدعوى عن دعوى قطع النزاع، بأن هذه الأخيرة عبارة عـن طلـب إنسـان غيره عند القاضي بدون أن يعارضه في شيء يضره، ويقـول القـاضي: بلغـني أن فلانـاً يريـد منازعتي، ومخاصمتي وأريد قطع النزاع بيني وبينه، فأطلب إحضاره حتـى إذا كـان لـه علـي حق، فليبينه أمامك بالحجة، وإلا فليعترف بأني بريء مـن كـل حـق يدعيـه، فهـذا القـول لا يسمع منه، لأن المدعي لا يجبر علي الخصومة[6].

---

(١) موجز في المرافعات الشرعية -أحمد ابراهيم: ص٤.
(٢) الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٤ب، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٥٣٦، طبع دار احياء الكتب العربيـة، أدب القضاء للغزي: ق٥ب، عماد الرضا:ق٤ب.
(٣) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٤، الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٤ب، المغني جـ٩ص٨٥.
(٤) الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٤ب، ادب القضاء للغزي: ق٥ب، عماد الرضا:ق٤ب.
(٥) المراجع السابقة.
(٦) البحر الرائق : جـ ٧ ص ١٩٤، موجز في المرافعات الشرعية ـ أحمد إبراهيم : ص ٣، ٤.

يتضح مما تقدم أن دعوى دفع التعرض في الفقه الإسلامي ليست مشروعة لحماية حيازة العقار فحسب، بل هي لحماية أي حق من الحقوق يتعرض للاعتداء، وعن هذه الطريق تتحقق الحماية لحيازة العقار، وحيازة المنقول أيضاً.

ويلحق بدعوى دفع التعرض ما يرفع من الدعاوى من أجل إزالة الأعمال التي ينشئها المدعى عليه في ملكه، ولكنها تؤدي إلى ضرر المدعي إن آجلاً أو عاجلاً، فيقضي لواضع اليد على جاره بسد طاقة حدثت، وأشرفت عليه، وقد قضى بسدها، فلا بد من سدها من أصلها، وإزالة ما يدل عليها من عتبة أو خشبة ونحوها، خوفاً من الادعاء في المستقبل بأنها قديمة، مستدلاً بهذه الآثار، فيقضي عليه بذلك دفعاً لما يحتمل حدوثه من الضرر في المستقبل.

كما يقضي لذي اليد بمنع الجار من إحداث ذي دخان، كحمام وفرن ومطبخ يتضرر الجار به، كما يقضي له بمنع إحداث ما يضر بالجدار كطاحون، وبئر وغرس شجر ونحوه. وهكذا لصاحب اليد رفع دعوى إزالة هذه الأشياء إن قامت بالفعل، أو عدم إتمامها، أو إيقافها، أو إزالة ما تم منها إذا لم تكتمل[1]، لأن كل ذلك يشكل تعرضاً أو بداية في تعرض للحق الذي يضع المدعي يده عليه.

ثانياً: دعوى استرداد الحيازة:

ويجوز لصاحب اليد المحقة أن يطلب من القاضي إعادة حيازته للعين المغصوبة منه بالقهر أو الحيلة والخداع، فلمالك العين أو مستعيرها، أو مستأجرها أو مرتهنها أن يرفعوا الدعوى لاسترداد ما سلب منهم، اللهم إلا إذا كان سالب الحيازة محقاً فيما فعل، فيقضي له بحقه وحيازته[2].

تلك بعض مظاهر الحماية المستندة إلى حق، أما الحيازة التي جهل أصلها، **فيقضى فيها**

---

(١) البحر الرائق: جـ٧ص٢٩-٣٣، المقارنات التشريعية: جـ١ص٤١٥.
(٢) المقارنات التشريعية: جـ١ص٤١٥.

بين المتنازعين عليها وفق الأسس التالية:

أ- يقضى بها لمن أقام البينة عليها، فإن تساويا في ذلك جعلت الحيازة لهما جميعاً[1]. وذلك لأن اليد مقصودة كالملك فصح طلبها وجاز إثباتها بالبينة، إذ باليد يتوصل إلى الانتفاع بالملك والتصرف فيه، أما إذا أقام أحد المتنازعين على الحيازة البينة على الملك جعلت له، ولا منافاة بين القضاء باليد لشخصٍ، والملك لآخر[2].

ب- أما إذا عدمت البينة فتجعل الحيازة لمن يضع يده على العين بالفعل والواقع، فإن كانت الحيازة لهما، فضلت الحيازة الأقوى، فيقضي لراكب الدابة على سائقها[3]، وقس على ذلك، وقد ذكرنا مراتب الحيازة في أول هذا المطلب، وإذا أقام أحدهما البينة على الملك جعل ذلك له، ومكن من الحيازة أيضاً.

خلاصة:

يتضح مما تقدم أن الحيازة الناشئة عن حق محمية بدعاوى هذا الحق، وأن الاعتداء عليها اعتداء على الحق نفسه.

وأن الحيازة الناشئة عن فعل محرم لا حماية لها في الشرع، حتى ذهب كثير من الفقهاء إلى جواز استردادها من غير ما حاجة للجوء إلى القضاء[4]، اللهم إلا إذا خيفت الفتنة من وراء ذلك فلا يصح.

وأما الحيازة التي يثور حولها نزاع بين شخصين أو اكثر، ولا يقوم أي دليل على منشئها، فيحكم فيها لصاحب البينة، أو للظاهر القوي المستفاد من الواقع.

---

(١) المبسوط: جـ١٧ ص٣٥، تكملة فتح القدير: جـ٦ص٢٥٦.
(٢) المبسوط: جـ١٧ص٣٥، المرافعات الشرعية -السبكي: ص١٠٨.
(٣) تكملة فتح القدير: جـ٦ص٢٤٨، ٢٤٩، تبيين الحقائق، جـ٤ص٣٢٧.
(٤) **تقدم تفصيل ذلك في الفصل الأخير من التمهيد -انظر ص١٠٦ وما بعدها.**

أهمية الحيازة في القانون وفقهه:

لقد جعل القانون المدني الحيازة قرينة على الملكية، فنص في المادة ٩٦٤ على أن (من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس)، ومن هنا كانت الحيازة في القانون موضع اهتمامه وحمايته ما دامت القرينة على بطلان هذه الحيازة لم تقم بعد.

ومن مظاهر أهيمة الحيازة في القانون المدني ما يلي:

١- أن حيازة العقار، أو حيازة حق عليه ممن لم يكن مالكاً له تؤدي إلى كسب الملكية أو الحقوق العينية الأخرى إذا استمرت مدتها خمسة عشر عاماً، فإذا كانت حاصلة بحسن نية، ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، كانت خمس سنوات كافية للحكم السابق(١).

٢- ان حيازة المنقول، أو حيازة حق عيني عليه بسبب صحيح تؤدي إلى ملكيته إذا كان حائزه حسن النية وقت حيازته، وتكون الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية(٢).

٣- إن حيازة المال بحسن نية تكسب الحائز الحق في ثمراته(٣)، ولا يسأل عن التعويض عن الانتفاع بالمال من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف(٤).

وإنما اعطيت الحيازة في نظر المشرع هذه الأهمية، لأنها تدل على ظاهر ينبغي احترامه، ما دامت الشواهد لم تقم على بطلانه، وهذا الظاهر الذي يدل عليه مستمد مما جعل لحق الملكية من حقوق متفرعة عنه يمنحها لصاحبه، إذ من المقرر أن هذا الحق يمنح صاحبه حقوق التصرف والاستعمال والاستغلال، ولما كانت هذه الحقوق لا يستكمل الانتفاع بها إلا بحيازة

---

(١) مادة ٩٦٨-٩٧٥ من القانون المدني.
(٢) مادة ٩٦٧-٩٧٧ من القانون المدني.
(٣) مادة ٩٧٨ من القانون المدني.
(٤) مادة ٩١١ من القانون المدني.

العين المملوكة، صح اعتبار الحيازة من السلطات التي يمنحها حق الملكية ايضاً، فإذا كان الأمر كذلك صح اعتبارالحيازة مرجحاً أولياً يدل على حق الملكية: صحيح أن الحيازة الفعلية قد تكون ثمرة تصرف باطل في نظر الشارع، ولكن هذا قليل نادر والغالب هو الذي ينتج الظاهر، ولا ينتجه النادر.

كيفية حماية الحيازة في القانون:

وإذا كانت الحيازة اكتسبت اهميتها مما تنتجه من الظاهر، إلا أن المشرع المدني قد نظم دعاوى خاصة بها، تحميها بشكل مستقل عن وسائل حماية الحق الذي تعتبر الحيازة أثراً من آثاره ومزية من مزاياه، ولضمان هذا الاستقلال وضع قانون المرافعات قواعد تحظر على الخصمين الجمع بين الحيازة وحق الملكية فيما يثيرونه من القضايا، وعلى المحكمة في حكمهاوأسبابه: فقد جاء في المادة ٤٤ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨:

(لا يجوز أن يجمع المدعي في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق، وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة) وأنه (لا يجوز ان يدفع المدعى عليه دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة، وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه، وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه).

ومن هذا النص القانوني استنتج شراحه القواعد التالية:

أولاً: المدعي في دعوى الحيازة لا يجوز له المطالبة بالحق، ولا الاستناد إليه في إثبات دعوى الحيازة[1]، **وقد قالوا في تعليل هذه القاعدة ما يلي:**

أ- أن المحكمة قد تتأثر بثبوت الحق لأحد الخصمين في حكمها في موضوع الحيازة، فمنع المدعي من ذلك احتياطاً لذلك[2].

---

(١) شرح قانون الاجراءات المدنية: ص٣٠٠، أصول المرافعات: ص٣٣٨.
(٢) المرافعات المدنية والتجارية -محمد حامد فهمي: ص٤١٢، ٤١٣، أصول المرافعات: ص٣٣٨.

ب- إن الترتيب المنطقي يقتضي البداءة بفض النزاع حول الحيازة أولاً، لأن الحكم الذي يصدر فيها، إما أن يغني المدعي عن رفع دعوى الحق لحصوله على نفس المزايا من غير منازعة أحد له، أو يمكنه من موقف قوي في الخصومة هو موقف المدعى عليه[1].

جـ- ان المدعي مخير من قبل المشرع بين طريقين: أحدهما وهو المطالبة بالحيازة، والآخر أصعب وهو المطالبة بالحق، فإذا اختار الصعب اعتبر متنازلاً عن الطريق السهل[2].

وقالوا: إن هذه القاعدة لا تشمل الحالة التي يحدث فيها التعدي على الحيازة بعد رفع دعوى الحق، حيث قالوا بجواز الجمع بين الدعويين في هذه الحالة[3]، لأن المقصود بالدعوى الأولى، دفع عدوان يختلف عن المقصود بالدعوى التالية، اذ يقصد بها دفع اعتداء جديد يختلف عن الاعتداء الأول[4]، وهذا حق في نظرنا، اذ تشبه هذه الحالة -الى حد بعيد- ما لو رفع شخص دعويين بشأن عقار ما على شخصين مختلفين، احداهما يطلب فيها الحكم له بالملك في وجه أحدهما، وفي الأخرى يطلب الحكم له بالحيازة أو حمياتها، ولكنها في وجه شخص آخر غير الأول، فلا يرفض هذا الجمع لتعدد وقائع الاعتداء على العقار محل الدعوى.

ثانياً: المدعى عليه في الحيازة لا يجوز له دفعها بالاستناد إلى الحق، ولا تقبل دعواه بالحق قبل التسليم بالحيازة لخصمه.

واعتمدوا في ذلك على أن دفع المدعى عليه لدعوى الحيازة بأنه صاحب الحق في العقار غير منتج في الدعوى، اذ قد يكون الحق له، والحيازة لخصمه[5].

وأما إذا أراد المدعى عليه رفع دعوى الحق على المدعي في دعوى الحيازة، فلا يحرم من

---

(١) المرجع السابق.
(٢) شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٣٠٠.
(٣) المرجع السابق: ص٣٠١، أصول المرافعات: ص٣٤٤.
(٤) شرح قانون الإجراءات المدنية ص٣٠١.
(٥) اصول المرافعات: ص٣٣٩، شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٣٠٢.

ذلك بشرط أن يسلم بالحيازة لخصمه، وقبل ذلك لا تسمع دعواه الملكية[1].

ولكن المدعى عليه في دعوى الحق يملك رفع دعوى الحيازة على كل حال، سواء أحصل الاعتداء على الحيازة قبل رفع دعوى الحق عليه أم بعدها، وذلك لاختلاف مركزه في كل من الدعويين، فهو مدع في دعوى الحيازة، ومدعى عليه في دعوى الحق، والواقع انه لم يجمع بين الدعويين باختياره، اذ هو مجبر على الخصومة في دعوى الحق، والممنوع هو الجمع بين مركزين متشابهين[2].

ثالثاً: ليس لقاضي الحيازة أن يبحث في أصل الحق، ولا الحكم به، ولا تسبيب الحكم على أساس ثبوته اونفيه.

فأما عدم جواز الحكم بالحق في دعوى الحيازة، فلأنه حكم بأكثر من المطلوب في الدعوى، والقاضي ممنوع من ذلك، وتسبيب الحكم بثبوت الحق أو نفيه باطل، لأن ذلك لا يصلح سبباً لثبوت الحيازة أو نفيها، فقد يكون مالكاً ولكنه غير حائز[3]. وكذلك البحث في اصل الحق، فإنه لا يجدي لما تقدم.

وأما القاضي في دعوى الحق فله البحث في الحيازة، وتسبيب الحكم بأسس تتعلق بها، وإن كان لا يصح الحكم بالحيازة فيها[4].

رأينا في هذا الموضوع:

ذلك هو ما قالوه في استقلال الحيازة عن الحق من حيث حمايتها بدعاوى خاصة، وتبرير ذلك الاستقلال، ونرى ان المشرع الوضعي قد غالى في وضع الحدود الفاصلة بين الحيازة

---

(١) انظر المرجعين السابقين.

(٢) شرح قانون الاجراءات المدنية: ص٣٠٦.

(٣) المرجع السابق: ص٣٠٣، أصول المرافعات: ص٣٤٥، ٣٤٦، المرافعات المدنية - محمّد حامد فهمي: ص٤١٤.

(٤) شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٣٠٦، ٣٠٧.

والحق إلى حد بعيد، وتبعه في هذه المغالاة شرّاحه في تبرير ماذهب إليه، نعم: لقد جعل المشرع المدني دعاوى نص عليها من أجل حماية الحائز للعقار، ولكن نصاً من نصوصه لا يدل على ذلك الفصل التام بين الحيازة والحق الذي اعتمده قانون المرافعات في المادة ٤٤ وشراحه، فجاء مشرع المرافعات المدنية وأصبغ استقلالاً تاماً على الحيازة من حيث حمياتها بتلك الدعاوى المذكورة في القانون المدني، وإجراءات هذه الحماية: فجعل لها محكمة خاصة تنظر فيها، ولا يجوز لها النظر في الحق، وجعله من اختصاص محاكم أخرى، كماجعل لها وسائل إثبات تختلف إلى حد بعيد جداً عن وسائل إثبات الحق.

وفي اعتقادنا ان هذا هو السبب الذي اضطر مشرع المرافعات إلى بناء الحواجز التي لا يجوز اختراقها بين الحيازة، والملك أو حقوقه، فإن قواعد اختصاص المحاكم تحول دون بحث الحيازة والملك في محكمة واحدة، وكذلك وسائل الإثبات ولذلك اضطر إلى منع المدعي والمدعى عليه من الخلط بين الحيازة والحق فيما يثيرونه من مواضيع.

ومما يدل على صدق هذا الذي ذهبنا إليه أننا لو فرضنا أن نظام الاجراءات ونظام الإثبات متحدان في كلا الملك والحيازة لما كان هنالك أية حاجة للفصل بينهما، ولظهر قصور ما ذكر من تبرير حماية الحيازة استقلالاً عن الحق، **وبيان ذلك فيما يلي:**

أولاً: إن معرفة من هو الحائز، تقتضيه قواعد تعيين صفة الخصوم، أي معرفة من هو المدعي ومن هو المدعى عليه: فالمدعي في دعوى الملكية لا يكون حائزاً للعين المدعاة وإنما يجعل الحائز مدعى عليه[1] اللهم إلا في دعوى الفعل المحرم علىالمدعى عليه، فإن الفاعل هو الذي يكون خصماً للمدعي، وإن لم يكن حائزاً، فيجعل المتعرض في دعوى دفع التعرض والفاعل في الأعمال الجديدة في دعوى وقفها مدعى عليهما، وإن لم يكن العقار في أيديهما وأما السبيل إلى هذه المعرفة فتكون وسائل الإثبات جميعها.

فإن عرفت صفة كل واحد من المتنازعين، نظرت دعوى الحق من قبل المحكمة ذاتها،

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية - أبو هيف: ص٢٦٢.

فمن حكم له بالحق جعل حائزاً حتى يبرهن الآخر أن حيازة العقار من حقه الذي اكتسبه بتصرف قانوني صحيح، كأن يبرهن أنه مستأجر للعقار، أو مرتهن له، أو غير ذلك، فيحكم له بالحيازة المؤقتة إذا برهن دفعه.

ثانياً: ليس صحيحاً ما قالوه (أن الدفع بالملكية، أو البحث في أصل الحق، أو تسبيب الحكم على ثبوت الحق أو نفيه غير منتجة في دعوى الحيازة)، لأن الحيازة ثمرة من ثمرات الملك، وحق المالك في حيازة ماله لازم لحقه في التصرف فيه واستعماله واستغلاله، وهي الحقوق الممنوحة قانوناً لصاحب حق الملكية، فمن برهن على ملكية شيء فقد برهن على استحقاقه للحيازة، وأما قولهم: إن الحيازة قد تكون لغير صاحب الملك، فقد صرحوا في غير ما موضع أن هذا نادر قليل[1]، ولا حكم للنادر، وإنما الحكم للغالب، وحتى إذا نزلنا عند هذا الاحتمال،فلا أقل من أن يجعل الظاهر لمن برهن على الملك، لأنه متمسك بالغالب الذي يجعل له حق الحيازة، ويطالب خصمه بالبرهان على أحقيته بحيازة العقار، وحتى لو برهن على ذلك، فإنما يقضي له بالحيازة المؤقتة، إذ لا يعقل أن يكون الملك لشخص والحيازة الدائمة لآخر، اللهم إلا إذا برهن صاحب الحيازة أنها حيازة تقتضي التمليك، وذلك إذا كانت مستجمعة لشروط الحيازة المتقادمة المكسبة للملك في القانون.

ومما يبعث على الاستغراب مسلك الشراح في بعض الأمور المتعلقة بهذا الموضوع:

الأمر الأول:

أنهم يرجعون سبب حماية الحيازة إلى أن الحائز هو المالك في الأصل، وأن حماية الحيازة هي حماية لصاحب الحق بصورة غير مباشرة[2]، فإذا كانت الحكمة في حمايتها هو ما ذكروه من أنها مظهر من مظاهر الملك، فلماذا يبتغون لها هذه الحماية إذا قام الدليل على أن الظاهر الذي تدل عليه الحيازة كاذب؟.

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية: محمد حامد فهمي: ص٣٨٨، المرافعات المدنية -ابو الوفا: ص١٢٤.
(٢) انظر المرجعين السابقين.

الأمر الثاني:

أنهم اشترطوا في الحيازة التي تحميها معظم دعاوى الحيازة أن يتوفر في صاحبها نية التملك للعقار المحوز[1]، فإذا كان الأمر كذلك فلماذا لا تتاح الفرصة لمن أقيمت عليه دعوى الحيازة أن يقيم الدليل على أن هذه النية ليست في محلها، لأنها متوجهة إلى ما هو داخل في ملك الغير، وذلك بأن يعطى الحق في دعوى الحيازة بمليكته للشيء المتنازع حول حيازته، فهو بهذا يدفع بعدم تحقق شرط من شروط الحيازة القانونية.

كل ذلك يؤكد ما ذهبنا إليه من أن المبالغة في التخصص والاستقلال في المحاكم ونظم الإثبات ومختلف الاجراءات، هو الذي جر المشرع الوضعي للمرافعات إلى هذه المبالغة في الفصل بين الحيازة والملك.

ولعل ما قدمناه يفسر -الى حد بعيد- سبب التناقض الذي وقعت فيه محكمة النقض في أحد قراراتها حينما قضت بأن الحكم بازالة ما تعرض به المدعى عليه في دعوى منع التعرض هو رخصة متروكة لنظر القاضي، وانه يجوز للقاضي أن يجعل نفاذ حكمه في هذه الدعوى معلقاً على شرط مقترن بأجل، وان هذا الشرط يصح أن يكون رفع المحكوم عليه بمنع التعرض (وهو المدعى عليه في الحيازة) دعوى الحق قبل مضي مدة معينة[2].

فكيف يجوز هذا الاجتهاد إذا كانت الدعوى بالحق لا تقبل من المدعى عليه إلا بعد أن يسلم بالحيازة لخصمه، لا نظرياً فحسب، وإنما بإزالة كل ما يؤذي هذه الحيازة بينما تجعل المحكمة الحق لقاضي الحيازة أن يعلق تنفيذ هذا التسليم بالحيازة -بما يترتب عليه من وجوب ازالة الأفعال المؤذية للحيازة- على رفع الدعوى بالحق؟ فإن هذا الاجتهاد يؤدي إلى تعليق جواز دعوى الحق على تنفيذ حكم دعوى منع التعرض، وجواز هذا الأخير على رفع دعوى الحق ، وهذا يؤدي إلى الحلقة المفرغة والدور، وهو باطل في حكم العقل.

---

(١) قواعد المرافعات -العشماوي: ص٦٣١، المرافعات المدنية والتجارية- محمّد حامد فهمي: ص٣٨٧.
(٢) انظر: أصول المرافعات -أحمد مسلم: ص٣٤٥ طبع سنة ١٩٦٨.

وهذا التناقض الذي وقعت فيه محكمة النقض انما جر إليه مسلك المشرع في محاولة الفصل التام بين الحيازة والملك من حيث حمايتهما، اذ هي محاولة الفصل بين الحق وموجبه، فكان لا بد أن تتعثر المحاولة على مسرح التطبيق العملي.

ونرى أن القانون يستطيع أن يحتق عن طريق نظام القضاء المستعجل كثيراً من الأهداف المقصودة بنظام الحيازة ودعاويها، لأن قضايا الحيازة وأحكامها تتشابه إلى حد بعيد مع القضايا المستعجلة والأحكام الصادرة فيها، فإن القضاء في دعاوى الحيازة كالقضاء في المواد المستعجلة يرمي إلى تحديد مركز الخصوم تحديداً مؤقتاً، حماية لصاحب الحق الظاهر.

كما ان موقف قاضي الحيازة بانسبة لما يتصل بأصل الحق، كموقف قاضي الأمور المستعجلة بالنسبة لحقوق الخصوم الموضوعية، فكلاهما ممنوع من التعرض لأصل الحق، ومن بناء حكمه على أسباب تتعلق به. وكذلك فإن الحكم الصادر في الحيازة، كالحكم الصادر في المواد المستعجلة يقوم على وقائع قابلة بطبيعتها للتغيير والتعديل، فهو لذلك يحوز حجية مؤقتة، مما يجيز لمن أصدره أن يعدل عنه إذا تغيرت الظروف القائم عليها، كما لا تتقيد به المحكمة التي يعرض عليها النزاع حول اصل الحق، ولو كانت هي نفس المحكمة التي أصدرته[١].

و لم يحدث مثيل هذا في الفقه الإسلامي، فإن القاضي إذا رفعت له دعوى يطلب فيها الحكم باليد علىعين من الأعيان، نظر فيها من جميع جوانبها، وطالب المدعى عليه بالجواب أو المخلص، إن أقام المدعي البينة على الحيازة، فإن دفع بملكيته للشيء المحوز لدى المدعي، وبرهن على هذا الدفع، جعلت الملكية له، واقتضى هذا الحكم أن تكون له الحيازة أيضاً، لأنها أثر الملك، وإحدى مزاياه الرئيسية، إلا إذا دفع المدعي بانتقال الحيازة إليه بتصرف شرعي، وبرهن على دفعه، فيحكم له بذلك، وأما إذا عجز المدعى عليه عن الدفع بالملكية، حكم باليد لمن أقام عليها البينة.

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية –احمد أبو الوفا: ص١٥٤.

وليس هنالك تمييز بين صنفين من الدعاوى: دعاوى الحيازة، ودعاوى الملك من حيث الاجراءات والاختصاص والإثبات، فلم تكن هنالك فائدة للتمييز، اللهم إلا بيان أنواع الدعاوى من حيث طبيعة الشيء المدعى، فإن كان المطلوب حكماً باليد كانت دعوى يد، وإلا فهي دعوى حق.

ودعوى الحق ودعوى الحيازة ممتزجتان في الفقه الإسلامي، لامتزاج الشيء المطلوب في كل منهما بالآخر، فلا يظهر هذا التمييز إلا في الحالات التي لا يقيم فيها أحد المتنازعين الدليل على الملك، ويبحثون هذه الحالات تحت باب «تنازع الأيدي»[1] وقد ذكرنا القواعد التي تحكم هذا الباب فيما مر[2].

الحيازة الجديرة بالحماية في القانون:

عرف معظم الشراح الحيازة بأنها (وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل به حقاً من الحقوق)[3]، وعرفها آخرون بما هو قريب من هذا، فقال بعضهم (هي سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على شيء بحيث تكون في مظهرها الخارجي، وفي قصد الحائز مزاولة للملكية، أو لحق عيني آخر)[4].

فالحيازة المحمية من قبل الشارع ليست كل سيطرة يظهربها الإنسان على شيء ما، وإنما هي حيازة مخصوصة بقيود كثيرة، **نذكرها فيما يلي:**

أولاً: حيازة العقار أو أي حق عيني عليه هي الجديرة بالحماية بواسطة دعاوى الحيازة الثلاث المنصوص عليها في القانون المدني، وليس معنى هذا أن حيازة المنقول غير محمية، ولكنها لا تستقل بدعاوى خاصة عن الدعاوى التي شرعت لحماية الحق العيني فيها. وإنما

---

(١) ملتقى الأبحر: جـ٢ص٢٨١، مجمع المتفرقات: ق٥٤أ.
(٢) انظر ص٢٥٠، ٢٥١.
(٣) المرافعات المدنية والتجارية -ابو الوفا: ص١٢١، نقلاً عن إحدى مواد مشروع القانون المدني.
(٤) حق الملكية -الصدة: ص٥٢١، شرح قانون المرافعات المدنية- عبد الجليل برتو: ص٤٧.

يحميها نفس الدعاوى التي تحمي الحق.

وقالوا في تعليل ذلك: إن المنقولات تختلط فيها الحيازة مع أصل الحق اختلاطاً كلياً، ولا سبيل إلى التفرقة بينهما إلى أن يقوم الدليل على عدم ملكية الحائز، لأن قاعدة (الحيازة في المنقول سند المليكة)، تعتبر سياجاً لحماية الحيازة وأصل الحق معاً[1].

ويكاد القوم يجمعون على هذا التعليل، ولكن قليلاً مهم يرون أن عدم التمييز بين الملكية والحيازة في حماية المنقول ليس راجعاً إلى قاعدة (حيازة المنقول سند الحق) فحسب، ولكن تجنباً للتعقيد بشان أموال قليلة الأهمية عادة[2].

ويرى بعض آخر ان هذا التمييز يعود الىسوابق تاريخية فقط، فقد وجد هذا التقسيم بالنسبة للدعاوى العينية العقارية فقط، في التشريع الفرنسي القديم، وتبناه القانون المدني، وتأثرت به التشريعات المستمدة من التشريع الفرنسي[3].

وبالنظر الدقيق يبدو بطلان ما كاد يجمع عليه الشراح من تعليل ذلك التمييز بين المنقول والعقار من حيث سبل حمايتهما، وذلك أن ما قالوه لا يصح، ولا ينتج ما استدلوا عليه إلا إذا كانت الحيازة بحسن نية للمنقول، قرينة قاطعة تدل على الملكية، ولا تقبل إثبات العكس بطرق الإثبات القانونية، ولكن الأمر ليس كذلك، ولا أحد يقول به، فإن الحيازة للمنقول بحسن نية ليست سوى قرينة قضائية يجوز إثبات عكسها بطرق الإثبات المختلفة، فحائز المنقول ليس دائماً مالكاً له، وقد تقام عليه الدعوى من قبل المالك الحقيقي بالاسترداد، وإلا فما هو معنى سلطة التتبع التي يمنحها الحق العيني لصاحبه؟ أليس تمنح صاحب الحق العيني الحق في طلبه في أية يد استقر، وسواء كان صاحبها حسن النية أم سيئها؟.

---

(١) التقادم المكسب والمسقط -محمد عبداللطيف: ص٢٧٣، قواعد المرافعات-العشماوي: ص٦٢٠، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية -عبد المنعم الشرقاوي: ص٥٧، أصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣٣٦.

(٢) أصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣٣٦، الحاشية نقلاً عن موريل.

(٣) الوجيز في أصول المحاكمات المدنية -رزق الله انطاكي: ص١٨٠، ١٨١.

وإذا كان الأمر كذلك فلم يعد الفرق واضحاً بين العقار والمنقول، لأن الحيازة في العقار تعتبر قرينة على الملكية كما أسلفنا.

فكان المنطق يقتضي التسوية بينهما في ذلك، وإلا فما هو الفرق بين فرس ودار في يد رجل واحد، وقد أجرهما لآخر، ثم جاء شخص ثالث فأنذر المستأجر بأنه ينبغي أن يدفع أجرة كل من الدار والفرس له، لا لأحد غيره، لأنه هو صاحب الحق فيهما، لماذا لا يجوز رفع دعوى منع التعرض إلا بصدد حماية الدار؟ ولماذا لا تصح إذا رفعت من أجل حماية الفرس؟.

هذا هو السبب -كما نعتقد- الذي حدا بالقضاء وكثير من الشراح إلى إجازة هذه الدعوى تحت اسم (دعوى قطع النزاع) ولكنها في واقع الأمر دعوى يقصد بها دفع التعرض عن المنقول.

ولو ساروا في النهج الفقهي الإسلامي، فلم يفرقوا بين المنقول والعقار في حماية حيازتها -لا لذاتها، وإنما باعتبارها سلطة يمنحها الحق الأصلي- لما وقعوا في تلك الالتواءات الاجتهادية السالفة الذكر.

غير أن الحاصل أن المشرع الوضعي أقر لحماية الحيازة في العقار دعاوى الحيازة الثلاث، وبسبب المبالغة في التمييز بين الحيازة والملك، اعتقد إن هذه الدعاوى هي لحماية الحيازة فقط، وإن الحق له دعوى تحميه تختلف عن تلك الدعاوى، وأدى ذلك إلى الاعتقاد أن أيا من دعاوى الحيازة لا يجوز رفعها لحماية المنقول، وهو ما أدى بهم إلى منع رفع دعوى منع التعرض للمنقول، بحجة أنها دعوى حيازة، وأنها مختصة بحماية العقار فقط، فلا تقبل بشأن المنقول، والذين أجازوها لم يستطيعوا تسميتها بدعوى منع التعرض، وقالوا: إنما هي دعوى قطع النزاع صحت لأن المدعى عليه صدر منه ما يهدد المدعي في حقه، وذلك خوفاً من معارضة ذلك الاتجاه التشريعي في وضع الحدود الفاصلة بين دعاوى الحيازة ودعاوى الحق.

وأما ما قيل بأن سبب ذلك التمييز بين المنقول والعقار، إنما هو من أجل تجنب التعقيد بشأن أموال قليلة الأهمية عادة، فهو مردود أيضاً، لأن كثيراً من الأموال المنقولة تفوق في

أهميتها كثيراً من الأموال الثابتة.

والحاصل أن الأسس التي بنى عليها المشرع وشراح تشريعه أحقية الحيازة بالحماية في العقار موجودة أيضاً في المنقول، وكان الأولى عدم التمييز بينهما.

ثانياً: وهنالك صفات وشروط، اشترط وجودها في الحيازة من أجل أن تتمتع بتلك الحماية الخاصة **ومن هذه الشروط:**

١- أن تكون الحيازة مستكملة جميع الصفات التي تؤدي إلى اكتساب الملكية لو استمرت مدة التقادم، اللهم إلا (نية التملك) فإن حولها خلافاً سوف نذكره قريباً.

وهذه الصفات هي أن تكون الحيازة: هادئة، فإن كانت مشوبة بالإكراه، لم تكن جديرة بهذه الحماية، وأن تكون ظاهرة أو علنية، فإن كانت مشوبة بالخفاء، لم تكن كذلك جديرة بالحماية، وأن تكون واضحة غير مبهمة(١)، وأن تكون سيطرة متعدية، بأن لا تكون مجرد رخصة أو تسامح(٢).

٢- أن تستمر الحيازة بتلك الصفات مدة سنة، وهذا شرط حماية الحيازة من التعرض لها أو غصبها على وجه العموم، غير أن الاعتداء عليها، إن كان غصباً، فإنه يجوز طلب دفعه، وأن لم تستمر الحيازة سنة كاملة(٣)، حتى ولو كان المدعى عليه يستطيع أن يستند إلى حق قانوني.

وأما إذا كان سلب الحيازة بطريقة لا تعد غصباً، لأنه لا قوة فيها ولا إكراه، فيجوز للحائز أيضاً رفع دعوى استرداد الحيازة على السالب لها، وإن لم تكن حيازة المدعي للعقار قد استمرت سنة كاملة، غير أن للمدعى عليه في هذه الحالة أن يدفع دعوى المدعي بأنه أحق

---

(١) قواعد المرافعات-العشماوي: ص٦٢٩، الوجيز في المرافعات المدنية -عبد المنعم الشرقاوي: ص٦٢، ٦٣، أصول المرافعات -أحمد مسلم: ص٣٥٣.
(٢) المادة ١/٩٤٩ مدني.
(٣) المادة ٣/٩٥٩ مدني.

بالحيازة منه، كأن يدفع بأنه مالك للعين التي سلبها.

فإن لم يستند أحد الخصمين إلى سند قانوني، قضي بالحيازة لمن كان سابقاً بها منهما[1] فهنا لا تطبق القاعدة التي تقتضي وجوب عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق، وقد اعتذر بعض الشراح عن مسلك القانون في هذه الحالة، بأنه بصدد مفاضلة بين حيازتين لا مجرد حماية[2]، ويبدو أن المشرع إنما أجاز الجمع في هذه الحالة تخفيفاً من حماية حيازة لا تكفي أن تكون قرينة على الملكية، إذ المفروض أنها لم تستمر هادئة واضحة وظاهرة مدة تكفي لذلك، وإنما لم يفعل ذلك إذا كان سلب الحيازة قد حصل بالقوة، حتى لا يفتح الباب أمام أصحاب الحقوق المسلوبة لاقتضاء حقوقهم بقوتهم، فيسود التنازع والفتن، فإنه لو أجاز الجمع في هذه الحالة، لمال هؤلاء إلى استعمال القوة في استرداد حقوقهم، معتمدين على أن الحق لهم، يستطيعون أن يدفعوا به كل دعوى ترفع عليهم لاسترداد حيازة ما أخذوه بالقوة، ولو أن المشرع رتب عقوبة على استعمال القوة في سلب الحيازة، لكان خيراً، ولما وجدت الحاجة عندئذ إلى الفصل بين دعوى الحيازة ودعوى الحق في هذه الحالة.

ثالثاً: واختلفوا هل يشترط أن تقترن السيطرة الفعلية الصادرة من الحائز، بنية تملكه لما يحوزه، أو بنية استعماله حقاً عينياً عليه، حتى تكون حيازته جديرة بالحماية بدعاوى الحيازة الثلاث؟ **وقد نشأت نظريتان في الإجابة على ذلك:**

الأولى: **النظرية الشخصية**: حيث تشترط ذلك في الحيازة من اجل حمايتها.

الثانية: **النظرية المادية**: حيث تكتفي بحصول السيطرة المادية على العقار، وإن لم يظهر الحائز بمظهر صاحب الحق[3].

ويظهر الفرق بين النظريتين بالنسبة للحيازة العرضية المؤقتة، كحيازة المستأجر، والمرتهن

---

(١) المادة ١/٩٥٩ مدني.

(٢) أصول المرافعات-احمد مسلم: ٣٦٥.

(٣) الوجيز في المرافعات المدنية-عبدالمنعم الشرقاوي: ص٥١، ٥٢، ٥٣.

والمزارع، والمودع لديه: فهي جديرة بالحماية عند أصحاب النظرية المادية، وهي مستثناة من الحماية عند أصحاب النظرية الأخرى.

وقد اختلف الشراح في تحديد مسلك المشرع المصري إزاء هاتين النظريتين، لما أنه قد حمى حيازة المستأجر بجميع أنواع دعاوى الحيازة، وحمى كلا الحيازتين: الحقيقية والعرضية بدعوى استرداد الحيازة: فمنهم من قال بأنه اعتنق النظرية الشخصية، وما حماه من الحيازة العرضية للمستأجر أو غيرها يعتبر من قبيل الاستثناء من الأصل، وهذا أبعد الأقوال في نظرنا عن الإصابة في تحديد مسلك المشرع، لأن ما جعلوه استثناء من النظرية العامة أكثر بكثير مما تبقى تحت حكمها، إذ ما تبقى مما لا يتفق مع النظرية المادية إنما هو: حرمان الحائز العرضي غير المستأجر من دعوى منع التعرض ووقف الأعمال الجديدة. هذا علماً بأن المستأجر هو أهم الحائزين العرضيين في الحياة العملية، كما أن دعوى استرداد الحيازة أعظم دعاوى الحيازة خطراً وأثراً[1].

ومنهم من ذهب إلى أن المشرع المصري قد اعتنق النظرية وحمى الحيازتين: الحقيقية والعرضية، ومن غير ما استثناء[2].

ومنهم من رأى أن المشرع قد اعتنق مذهباً وسطاً بين النظريتين مقتضاها حرمان بعض أصحاب الحيازة العرضية من الحماية بدعاوى الحيازة، دون البعض الآخر، ولا يرى هذا الفريق جواز قياس ما لم يحمه المشرع من الحيازات العرضية على ما حماه منها[3].

ونشير هنا إلى أن هذا الخلاف لا مجال له في الفقه الإسلامي، إذ يعتبر جميع أصحاب الحيازة العرضية من مستأجر ومرتهن ومودع لديه ومستعير وغيرهم لهم حق عين على ما يحوزونه، فيجوز لهؤلاء طلب حماية ما لديهم من أي اعتداء يقع عليهم.

---

(١) حق الملكية-الصدة: ص٥٢٨.

(٢) الوجيز في المرافعات المدنية -عبدالمنعم الشرقاوي: ص٥٣.

(٣) حق الملكية: ص٥٢٨.

فإذا استكملت الحيازة جميع تلك الصفات والشروط **كان لصاحبها في القانون حمايتها من الاعتداءات التالية:**

١- التعرض لها بأية وسيلة -سواء كانت تعرضاً مادياً أو قانونياً، وقد عرفت محكمة النقض التعرض بأنه (هو الإجراء الموجه إلى واضع اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حق واضع اليد)[١]، وتسمى الدعوى المرفوعة لدفع هذا النوع من العدوان دعوى منع التعرض.

٢- سلبها: سواء كان ذلك بالقوة والإكراه، أو بالحيلة أو بغير ذلك، وتسمى الدعوى التي ترفع لدفع هذا العدوان دعوى استرداد الحيازة، وقد تقدم[٢] أنها سلاح من حق كل حائز استعماله، حتى ولو كان حائزاً عرضياً، أو كانت حيازته لم تستمر سنة، بخلاف غيرها من دعاوى الحيازة.

٣- تهديدها بالشروع في أعمال جديدة يحتمل أن تكون متى تمت تعرضاً للحيازة أو سلباً لها، ويدفع هذا الخطر المحتمل الذي يهدد الحيازة بدعوى تسمى «دعوى وقف الأعمال الجديدة».

وتصح هذه الدعاوى إذا رفعت بصدد حماية الحيازة التي ذكرنا شروطها فيما تقدم[٣]، غير أنه يشترط في كل منها أن ترفع قبل انتهاء سنة على حدوث العدوان أو حدوث آخر عمل من أعماله، إلا إذا كان هذا العدوان خفياً، فتحسب السنة من وقت وضوح العمل[٤].

---

(١) أصول المرافعات أحمد مسلم: ص٣٦٣ طبع سنة ١٩٦٨.

(٢) انظر ص٢٥٠.

(٣) انظر ص٢٥٢ وما بعدها.

(٤) انظر: المادتين ٢/٩٥٨، ٩٦١ من القانون المدني.

الفصل الثاني

شروط الدعوى

تقدم في الفصل الأول من هذا الباب بيان عناصر الدعوى، وإن صحتها لتستلزم توفر شروط في كل عنصر من تلك العناصر، فلا بد لاعتبارها صحيحة شرعاً من توفر شروط في أطرافها وأركانها، لذلك سنجعل الكلام في هذا الفصل منحصراً في مبحثين، نقدم لهما بمقدمة عن معنى الشرط عند الفقهاء والأصوليين، وعرض موجز لجملة الشروط المتفق عليها والمختلف فيها، وأما المبحثان فهما:

المبحث الأول:

في الشروط المطلوبة، في أطراف الدعوى: المدعي والمدعى عليه والمدعى به.

المبحث الثاني:

في شروط ركن الدعوى.



مقدمة

معنى الشرط[1]:

الشرط عند الفقهاء والأصوليين هو:

كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً، وهو خارج عن ماهيته[2].

فعدم الشرط يستلزم عدم المشروط له، ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود الأمر المشروط له، مثال ذلك: أهلية العاقد، فإنها شرط في كل عقد، فالبيع لا ينعقد إذا كان أحد العاقدين مجنوناً أو صغيراً، غير أن توفر الأهلية في العاقد لا تستوجب وجود البيع، وهذه الأهلية أمر خارج عن معنى العقد، لأنها ليست جزءاً ذاتياً في العملية المسماة بالعقد.

والشروط بوجه عام مكملات للأمور المشروطة لها في نظر الشارع، كتكميل الصفة للموصوف، بحيث أن عدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الأحكام[3]، فمثلاً:

القدرة على تسليم المبيع مكملة لغاية البيع، لأنه سبب الملكية، وغاية الملكية الوصول إلى

---

(١) الشرط في اللغة، كما جاء في القاموس المحيط-باب الطاء فصل الشين، مادة «شرط» هو الزام الشيء والتزامه، كما في البيع، والشريطة مثله.

(٢) انظر: ارشاد الفحول: ص٧، شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب: جـ٢ص٧، الفروق: جـ١ص٦١، ٦٢، علم أصول الفقه -عبدالوهاب خلاف: ص١٣٢: ١٣٣، المدخل الفقهي الفقهي العام-مصطفى الزرقا: جـ١ص٢٨٩.

(٣) انظر: الأحكام في اصول الأحكام للآمدي: جـ١ص١٨٥ مطبعة المعارف سنة ١٣٣٢هـ، فقد عرفه بما يدل على ذلك فقال (الشرط ما كان عدمه مشتملاً على حكمة مقتضاها نقيض حكم السبب، مع بقاء حكمة السبب)، وانظر ايضاً: شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب: جـ٢ص٧، وعلم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامي لعبد الوهاب خلاف: ص١٣٣.

الانتفاع، فعدم إمكان تسليم المبيع يخل بهذه الغاية المشروع لأجلها، فلذا كانت هذه القدرة شرطاً في البيع[1].

وكذلك وجود الخصم في الدعوى، فإنه مكمل للغاية المقصودة من الدعوى، وهي حماية الحق أو استرداده، لأن عدم وجود الخصم معناه عدم حصول اعتداء على الحق، وبذلك تنتفي الفائدة من الدعوى، فلذا شرط توجه الدعوى إلى خصم، من اجل اعتبارها صحيحة ومنتجة لأحكامها.

ويتنوع الشرط باعتبار مصدر شرطيته إلى نوعين:

الأول: شرط يفرضه الشارع، فيجعل تحققه لازماً لتحقق أمر آخر ربط به عدماً، بحيث إذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر، وهذا ما تقدم بيانه وأمثلته.

الثاني: شرط ينشئه الإنسان بتصرفه وإرادته، فيجعل بعض عقوده أو التزاماته متعلقة عليه ومرتبطة به، بحيث أنه إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات[2].

والذي يهمنا في بحثنا المقبل في الدعوى هو الشرط بالمعنى الأول، ويسمى بالشرط الشرعي، لأن ما سنبحثه قريباً هو الأمور التي ربط الشارع بها صحة الدعوى عدماً بحيث إذا نقص أحدها كانت الدعوى باطلة.

وقبل الدخول في تفصيل شروط الدعوى في الفقه الإسلامي وعند أهل القانون **نذكرها مجملة فيما يلي:**

١- شرط الأهلية في المدعي والمدعى عليه: والمقصود أهلية الشخص للقيام بأداء

---

(١) المدخل الفقهي العام- مصطفى الزرقا: جـ١ص٢٩٠.

(٢) علم أصول الفقه- عبدالوهاب خلاف: ص١٣٤، المدخل الفقهي العام- مصطفى الزرقا: جـ١ص٢٩١، وقد أشار إلى هذا النوع من الشروط القرافي في «الفروق» وسماها بالشروط اللغوية، وقرر أنها في حقيقتها أسباب، وليس لها خصائص الشروط الشرعية المعتبرة من جهة العدم فقط، بل هذه معتبرة من جهتي العدم والوجود وذلك: كمن قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق فإنه يلزم من الدخول الطلاق، ومن عدم الدخول عدم الطلاق، وهذا هو الشأن في السبب -انظر الفروق: جـ١ص٦٢، ٦٣ طبع دار احياء الكتب العربية سنة ١٣٤٤هـ.

التصرفات الشرعية على وجه يعتبره الشارع من غير أن ينوب عنه آخر، وهي ما تسمى بأهلية الأداء[1].

٢- شرط الصفة في كل من المدعي والمدعى عليه: هو أن ترفع الدعوى ممن له شأن على خصم له شأن في الخصومة والحق المتنازع فيه.

٣- شرط المصلحة: ويقصد به وجود منفعة خاصة مشروعة تعود على المدعي من دعواه على فرض صحة كلامه وثبوت دعواه.

٤- كون المدعى به حقاً من الحقوق المعترف بها شرعاً: وهذا الشرط يدخل -عند فقهاء المسلمين- في مفهوم الدعوى وتعريفها، فهي عندهم مطالبة بالحق عند القاضي، والشرط وجود الحق في ظاهر الأمر، لا وجوده حقيقة وفي نفس الأمر.

٥- شرط تعيين المدعى عليه: وهو ضرورة كون المدعى عليه معلوماً.

٦- شرط المكان: وهو وجوب كون الدعوى في مجلس القضاء.

وهذه الشروط المتقدمة متفق عليها في الفقه الإسلامي، وإن اختلف في بعض الجزئيات المتعلقة بها، ولكن كثيراً منها محل اختلاف عند أهل القانون.

٧- شرط المعلومية: وهو ضرورة كون المدعى به معلوماً، وهذا الشرط يكاد يكون متفقاً على ضرورته عند مختلف المذاهب الفقهية لولا بعض الشبهات التي أثارها حوله بعض العلماء، والتي سنذكرها في حينها إن شاء الله تعالى.

٨- شرط احتمال ثبوت المدعى به عقلاً وعادة، وفيه مخالفة الشافعية للمذاهب الأخرى

---

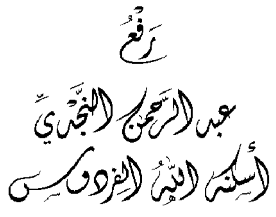
(١) انظر: علم أصول الفقه-عبدالوهاب خلاف: ص١٥٤، ويقابل أهلية الأداء أهلية الوجوب، وهي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له وعليه، وأساس أهلية الأداء التمييز والعقل، وأساس أهلية الوجوب الذمة، وهي الصفة الفطرية الإنسانية التي بها ثبتت للإنسان حقوق قبل غيره، ووجب عليه واجبات لغيره- انظر المرجع السابق.

في ضرورة ثبوت المدعى به من حيث العادة.

٩- وهناك شروط في ركن الدعوى، وهو القول الذي تتكون منه، اختلف الفقهاء في معظمها، واتفقوا على بعضها، ومن أهم ما اتفقوا عليه شرط عدم التناقض في الدعوى.

١٠- شرط حضور المدعى عليه بمجلس القضاء: وهو من الشروط التي اختلف فيها الفقهاء.

هذه هي جملة الشروط المطلوبة لصحة الدعوى، وهي كما يرى، بعضها في أطراف الدعوى (المدعي والمدعى عليه والمدعى به)، وبعضها في ركن الدعوى نفسه، وشرط آخر في مكان الدعوى. وإليك تفصيلها في المباحث التالية:



المبحث الأول
في الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى

أطراف الدعوى هي: المدعى، والمدعى عليه، والحق المدعـى[1]، وقـد اشـترط الفقهـاء في كل منها شروطاً لا بد من تحققها لصحة الدعوى، ونذكر تفصيلها في مطلبين:

المطلب الأول: في شروط المدعي والمدعى عليه[2].

المطلب الثاني: في شروط الحق المدعى.

المطلب الأول
في شروط المدعي والمدعى عليه

لقد اشترط الفقهاء في كل من المدعـي والمدعـى عليـه شـرطين: الأول: شـرط الأهليـة، والثاني: شرط الصفة. واختصوا المدعى عليه بشرط آخر هو وجوب كونـه معينـاً، واختصه الحنفية أيضاً باشتراط حضوره مجلس القضاء عند الدعوى والحكم، **وفيما يلي تفصيـل هـذه**

(١) أما المدعي والمدعى عليه فقد سبق بيانهما وكيفية التمييز بينهما في المبحث الثالث من الفصـل السـابق، وأما الحق فسبق تعريفه في الفصل الثاني من التمهيـد وبيـان أنواعـه في المبحـث الخـامس من الفصـل السابق.

(٢) وإنما آثرنا الجمع بينهما في هذا المقام، لأن كثيراً من الشروط -مشتركة بينهما، ولو فرقنا بينهما لوقعنـا في كثير من التكرار.

الشروط:

الشرط الأول: الأهلية:

ولما كانت الدعوى في الفقه الإسلامي تصرفاً يترتب عليه نتائج وأحكام شرعية، وكذلك الجواب عليها، فقد اتفق الفقهاء في الجملة على أنه يشترط أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه أهلاً للقيام بالتصرفات الشرعية[1].

وأما من ليس أهلا، فيطالب له بحقه ممثله الشرعي من ولي أو وصي[2].

وإنما قلنا «في الجملة» لأن بعض الفقهاء لا يشترطون كمال الأهلية في كلا الطرفين، ويكتفون بالأهلية الناقصة، وهؤلاء هم فقهاء الحنفية، والمالكية يكتفون بالأهلية الناقصة في حق المدعي، ويشترطون الرشد في حق المدعى عليه، ولأن الشافعية والحنابلة يستثنون من ذلك بعض المسائل، فلا يشترطون فيها كمال الأهلية، **وبيان ذلك فيما يلي:**

١- ذهب الحنفية إلى أنه يجوز للصبي المميز المأذون له أن يرفع الدعوى، وان يكون مدعى عليه[3]، وذلك لأن الدعوى والجواب عليها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر،

---

(١) البحر الرائق: جـ٧ص١٩١، درر الحكام: جـ٢ص٣٣٠، الفتاوي الهندية، جـ٤ص٢. تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٣، المنهاج مع شرح المحلي: جـ٤ص١٦٣، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٣، مغني المحتاج جـ٤ص٤٠٧، ٤٠٨، اعانة الطالبين: جـ٤ص٢٤١، حاشية الباجوري: جـ٢ص٣٨٨، الفروع: جـ٣ص٨٠٨، المحرر في الفقه: ص٢٠٦، كشف المخدرات: ص٥١٠، كشاف القناع: جـ٤ص٢٧٧، شرائع الإسلام: جـ٢ص٢٢٢.

(٢) ولكن هل يشترط حضور الصغار بمجلس القضاء عند الدعوى لهم أو عليهم؟ الرأي الراجح عند الحنفية أنه لايشترط ذلك، واشترطه بعضهم- انظر تفصيل ذلك في كتاب جامع أحكام الصغار للاستروشني على هامش جامع الفصولين: جـ١ص٣٠٣، ٣٠٤، وعند غير الحنفية: فإن كان مع المدعي بينة لم يشترط حضور ولي ولا وصي فضلاً عن عدم وجوب حضورهم، وإلا فيخاصم عنهم اولياؤهم، ولا يشترط حضورهم- انظر: مغني المحتاج: جـ٤ص٤٠٧، ٤٠٨، حاشية الشرقاوي: جـ٢ص٥١٠.

(٣) درر الحكام: جـ٢ص٣٣٠، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٥، المحاني الزهرية على الفواكه البدرية: ص٨٨، جميع المتفرقات: ق١ب، فصل القضية: ص٦ المادة ١٦١٦ من مجلة الأحكام العدلية، وقال الاستروشني (الدعوى من الصبي المحجور عليه غير صحيحة، أما الصبي المأذون له فدعواه صحيحة إن كان مدعيا، وإن كان مدعى عليه فجوابه أيضاً صحيح)- أنظر: جامع أحكام الصغار: جـ١ص٣١٧.

فتصح من الصبي الذي أذن له وليه، ولا تصح ممن لم يأذن له.

٢- وأما المالكية: فيفرق عندهم بين المدعي والمدعى عليه:

فأما المدعي، فلا يشترط فيه الرشد، وإنما تصح الدعوى من السفيه والصبي، وإن كان محجوراً[(١)]، ولكنهم لا يشترطون إذن الولي كما هو الحال عند الحنفية.

وأما المدعى عليه، فيشترط فيه الأهلية الكاملة، فإن كان عديمها أو ناقصها لم تصح الدعوى عليه، فقد قال ابن فرحون في «التبصرة»: (ليس للحاكم أن يسمع الدعوى على من لا يصح إقراره، فلا تسمع على السفيه، ولا ينبغي للقاضي أن يسأله عن شيء مما يدعى به عليه، ولا يكلفه في ذلك إقراراً ولا إنكاراً، وذلك في مثل الدعوى بالديون والمعاملات من البيع والابتياع والسلف والإباحة) ثم نقل عن اصبغ أنه قال: (ولكن الذي ينبغي للقاضي أن يوكل عليه وكيلاً مفوضاً إليه جميع أموره، فتكون الخصومة من أموره التي ينظر له فيها، وفيما أشبهها، لأن حقاً على القضاة أن لا يهملوا الأيتام)[(٢)].

٣- وأما الشافعية فالأصل عندهم اشتراط البلوغ في المدعي والمدعى عليه ولكنهم قالوا: تسمع الدعوى على المحجور عليهم فيما يصح إقرارهم به، فتسمع الدعوى بالقتل على السفيه[(٣)].

ومن جهة أخرى ذهب الشافعية إلى أن من الحربي ليس أهلاً للدعوى، ولا لرفعها عليه ولكنها تسمع من الذمي والمعاهد والمستأمن، وعليهم[(٤)].

---

(١) مواهب الجليل: جـ٦ص١٢٧، الطريقة المرضية: ص٥، الطبعة الثانية.

(٢) انظر تبصرة الحكام: جـ١ص١٠٧ طبع سنة ١٣٠١.

(٣) المنهاج وشرح المحلي وحاشية قليوبي: جـ٤ص١٦٣، ١٦٤، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٣، مغني المحتاج: جـ٤ص١١٠ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، إعانة الطالبين: جـ٤ص٢٣٧، ترشيح المستفيدين: ص٤٠٨، الديباج المذهب في أحكام المذهب: ق٣١ب، حاشية الشرقاوي: جـ٢ص٥١٠.

(٤) المنهاج مع شرح المحلي: جـ٤ص١٦٤، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٣، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٠٨، حاشية الشرقاوي: جـ٢ص٣٨٢.

٤- وأما الحنابلة فقالوا: تصح الدعوى على السفيه فيما يؤخذ به حال سفهه، فتصح عليه دعوى الطلاق والقذف[١].

ومما يجدر بالذكر هنا أن الفقهاء الذين يجيزون القضاء على الغائب، وهم فقهاء المذاهب غير الحنفية، قالوا بسماع الدعوى على الصغير والمجنون والميت (وألحق بعضهم المريض بهؤلاء) إذا كان مع المدعي بينة بما يدعيه، وكانت حاضرة لديه، وبشروط أخرى سوف يأتي ذكرها في مبحث «القضاء على الغائب» في الفصل الثاني من الباب الثاني، وأما إذا لم يكن مع المدعي بينة، فلا تصح الدعوى على هؤلاء لعدم إمكان تحليفهم، وعدم اعتبار إقرارهم، ثم إذا أقام المدعي بينته عليهم حلفه القاضي يميناً سماها بعضهم «يمين الاستظهار»، ويذكر فيها أنه لم يستوف ما ادعى به ممن أقام البينة عليهم، ولا أبرأهم من ذلك، ولا يشترط في هذه اليمين أن يتعرض المدعي الحالف لصدق شهوده، بخلاف اليمين مع الشاهد، حيث يشترط ذلك[٢].

وأما الحنفية: فلأنهم لا يجيزون الدعوى إلا على خصم حاضر ومكلف، ولا يجيزون القضاء على الغائب[٣]، ولو أحضر المدعي بينة بدعواه، فهم من طريق أولى لا يجيزون سماع الدعوى على الصغير أو المجنون، فهم أضعف حالاً من الغائب.

ولعل قياس الصغير والمجنون على الغائب قياس مع الفارق، لأن الصغير والمجنون في الشرع ممثلان بولي أو وصي ولا ضرورة لسماع الدعوى عليهما، أما الغائب فقد لا يكون له وكيل، ولم تقل المذاهب غير الحنفية بنصب وكيل مسخر عنه لترفع الدعوى عليه كما سيأتي في مبحث «القضاء على الغائب» في الفصل الثاني من الباب الثاني.

---

(١) منتهى الإرادات: القسم الثاني: ص٦٢٨، الفروع: جـ٣ص٨٠٨، كشاف القناع: جـ٤ص٢٧٧.
(٢) انظر: أدب القضاء- الغزي ق١٢ب، مغني المحتاج: جـ٤ص٤٠٧، ٤٠٨ نيل المآرب: جـ٢ص١٤٥.
(٣) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٣، الفواكه البدرية: ص٩٥، تنوير الأبصار مع قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٨، معين الحكام:ص٥٤، الأصول القضائية: ص١٤، ١٥.

شروط الأهلية عند أهل القانون:

لقد اختلف علماء المرافعات المدنية على رأيين في هذا الموضوع:

الرأي الأول: فقد ذهب أكثرهم إلى اشتراط أهلية التقاضي لصحة الدعوى وقبولها[1] وقالوا: إن حدود الأهلية الكاملة والناقصة، وكيفية اكتسابها، وفقدانها، تتعين وفقاً لقوانين الدولة التي ينتمي إليها الخصوم، وتختلف باختلاف هذه القوانين، وإذا لم يكن لصاحب الحق أهلية التقاضي وجب أن ينوب عنه في مباشرة الخصومة من إقامة القانون أو القضاء لهذا الغرض، وأن تتوافر عند هذا النائب الأهلية التي تجيز له الالتجاء للقضاء[2].

الرأي الثاني: وذهب جماعة أخرى إلى أن الدعوى بمفهومها الحديث لا يشترط لصحتها ولا لقبولها أو قيامها «كحق» أهلية التقاضي[3] وقالوا: إن ممارسة الدعوى واستعمالها هي التي يشترط لها ذلك، واستدلوا عليه بأن الدعوى المرفوعة من ذي أهلية إذا فقد أهليته في خلال سيرها لا تسقط الدعوى، وإنما يؤمر وليه أو وصيه بالسير في الدعوى، وتظل قائمة صحيحة[4].

والمنطق الذي ينسجم مع مفهوم الدعوى عند أهل القانون يقتضي التمييز بين فئتين منهم، وهما:

الأولى: وهي الفئة التي اعتبرت الدعوى حقاً من الحقوق يخول الإنسان اللجوء إلى السلطة القضائية، للحصول على حقه، أو دفع التعرض عنه، أو استرداده، فعند هؤلاء ينبغي أن لا تشترط أهلية الأداء لقيام الدعوى وصحتها، وإنما يشترط ذلك عند استعمال هذا الحق لدى القضاء، غير أن واقع أصحاب هذا الرأي ليس منطبقاً على هذا المنطق، لأن كثيراً ممن

---

(١) قواعد المرافعات-العشماوي: ص٥٨٩، ٥٩٠، المرافعات المدنية والتجارية- محمّد حامد فهمي: ص٣٦٦، الوجيز في أصول المحاكمات -رزق الله أنطاكي: ص١٣٤،شرح قانون الإجراءات المدنية- عبد الباسط جميعي: ص٢٧٨.

(٢) قواعد المرافعات-العشماوي: ص٥٨٩، ٥٩٠.

(٣) المرافعات المدنية والتجارية-محمد حامد فهمي: ص٣٦٧: أصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣٢٤، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية -أنطاكي: ص١٣٤.

(٤) الوجيز في أصول المحاكمات المدنية-أنطاكي: ص١٣٤.

يعتبرون الدعوى حقاً يشترطون أهلية الأداء لتصحيح الدعوى وقبولها، والحق أن هؤلاء لم ينسجموا مع أنفسهم، لأن ثبوت الحقوق في الذمم لا يشترط له أهلية الأداء وإن كان يشترط لثبوتها أهلية الوجوب، وهي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له وعليه، وهذه متوفرة للإنسان كاملة منذ ولادته، ولكن ممارسة الحقوق هي التي يشترط لها أهلية الأداء، وهي صلاحية الإنسان للقيام بالتصرفات الشرعية.

الثانية: وهي الجماعة التي اعتبرت الدعوى المطالبة القضائية ذاتها، وهم الذين سلكوا مسلك فقهاء الشريعة في مفهومهم للدعوى، ولذلك كان الحق معهم في أن يشترطوا الأهلية لصحة الدعوى، إذ هي --حسب هذا المفهوم- تصرف شرعي أو قانوني يشترط تمتع صاحبه بالصلاحية المطلوبة لذلك في القانون.

الشرط الثاني: الصفة:

أن المقصود بمشروعية الدعوى فصل الخصومة وقطع النزاع بأخذ الحق لصاحبه ممن وقع له بغير حق، وهذا يقتضي أن يحدد من يحق له المطالبة، ومن يصح أن توجه إليه هذه المطالبة، وإلا فإنه لا سبيل عندئذ إلى الوصول إلى ذلك الهدف المقصود بتشريع الدعوى.

من أجل ذلك كان الاتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وتبعهم علماء القانون، على اشتراط الصفة المخولة للادعاء، والمخولة لتلقيه، لصحة أية دعوى.

وخلاصة معنى هذا الشرط: أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها الدعوى، وليس المقصود أي شأن، وإلا فإن كل فرد في الأمة له شأن في كل قضية من قضاياها، وخصوصاً في مثل مجتمع الدولة الإسلامية، حيث المسلمون كالبنيان يشد بعضه بعضاً، وإنما المقصود شأن يعترف به المشرع، ويراه كافياً لتخويل المدعي حق الادعاء، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة وسنفصل ذلك قريباً إن شاء الله تعالى.

ونذكر هنا أن علماء المرافعات يتفقون على اشتراط الصفة، وإن كان بعضهم يرى أن هذا الشرط ليس إلا تكراراً لشرط المصلحة الشخصية وهو أن يكون للمدعي مصلحة

شخصية ومباشرة في دعواه، غير أن كثيراً منهم يرى تميز الشرطين عن بعضهما، كما سيأتي عند الكلام عن شرط المصلحة في المطلب الثاني، **ويظهر أن هذه الفئة الثانية أقرب إلى الصواب من الأولى لسببين:**

الأول: إن هنالك من أجاز الشارع دعاويهم من غير أن يكون لأي منهم أية مصلحة شخصية فيما يدعيه، وذلك كما في دعاوى الحسبة، والنيابة العمومية، والدعاوى النقابية[1].

الثاني: أن الصفة في المدعى عليه لا تعني أبداً مصلحته الشخصية في الدعوى، ولو قصرت الصفة على ذلك لم يكن لأحد اشتراطها في المدعى عليه.

والذي ينسجم مع الفرعيات الكثيرة المقررة أن الصفة أمر قانوني أو شرعي، فقد يرى الشارع الاعتراف بالصفة لمن ليس له مصلحة شخصية في الدعوى، كما هو الحال بالنسبة لما تقدم من الدعاوى، والواقع أن كل من له مصلحة في الدعوى اعترف له القانون بتحقق هذا الشرط فيه، والعكس غير صحيح، ومن جهة أخرى فإن حدود المصلحة الشخصية مبهمة، مما يجعل الاعتماد عليها في معرفة تحقق شرط الصفة صعباً وغير دقيق ولا موفق، فكان لا بد من الرجوع إلى الشرع أو القانون، وفي الفقه الإسلامي قواعد كثيرة، سنذكرها قريباً، ولم نر مثلها في الاجتهاد القانوني تعين القاضي، بل تحدد له جميع من لهم صفة في الادعاء والخصومة.

ولهذا الشرط شقان: الأول يتعلق بالمدعي، فهو ينبغي أن يكون له شأن في الدعوى، والثاني: يتعلق بالمدعى عليه، حيث لا يجوز توجيه الدعوى إلا لمن له علاقة بالحق المدعى.

الشق الأول: شرط الصفة في المدعي:

يشترط في الفقه الإسلامي -كما هو الحال في القانون- أن ترفع الدعوى من قبل من له شأن فيها، **ويتحقق ذلك في الحالات التالية:**

١- إذا كان المدعي يطلب الحق لنفسه: أي أن يكون أصيلاً في الدعوى، وهذا هو

---

(١) أصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣٣٦، ٣٣٧.

الأصل في الادعاء والتقاضي، إذ لا يقبل من الإنسان تدخله فيما لا يعنيه من الحقوق والقضايا الخاصة بغيره، وإن أصحابها هم المختصون بتحصيلها[1].

٢- أن يدعي الحق لغيره إذا كان نائباً عنه، بأن كان وليه أو وصيه أو وكيله[2]، لأن كل هؤلاء يقومون بمخاصماتهم، وتعود جميع آثارها إلى الأصيل بإقرار الشارع.

وفي عصرنا حيث وجد أشخاص اعتبارية كثيرة، فإنه يلحق بالمذكورين الممثل الشرعي لهذه الأشخاص، وقواعد الفقه الإسلامي لا تأبى ذلك، وقد قال بعض الفقهاء:

أن الخصم في الدعاوى الصادرة من الوقف أو عليه هو المتولي لشؤون هذا الوقف، سواء كانت الدعوى متعلقة برقبة الوقف أو غلته، والمستحق في الغلة لا يكون خصماً سواء أكان مدعياً أم مدعى عليه، وحتى ولو انحصر الاستحقاق فيه[3].

٣- ويتحقق هذا الشرط أيضاً في الدائن الذي يرفع دعوى لمدينه يطالب فيها بحقوقه، وذلك ليحصل على ثمارها وفاء لدينه، فيحافظ بذلك على أموال مدينه من الضياع، وإنما جعل له ذلك لأن أموال المدين تعتبر ضامنة لحق الدائن إذا أحاط الدين بها، وأشهر إفلاس صاحبها.

وأما القانون فقد اعترف للدائن بهذه الدعوى، وجعل لها شروطاً تتعلق بالدائن والمدين والحق المدعى ملخصها: أن الدائن ينبغي أن يكون له حق موجود ولو كان مقروناً بأجل، وبالنسبة للمدين أن يكون فوات الحق عليه يسبب إعساره أو يزيد في هذا الإعسار، وأن يكون قصر في عدم استعماله حقه بنفسه، وبالنسبة للحق أن لا يكون متصلاً بشخص المدين خاصة، كما يشترط أن يكون للدائن من وراء مباشرة هذه الدعوى فائدة مادية، فلا يجوز للدائنين

---

(١) موجز في المرافعات الشرعية-احمد ابراهيم: ص٨، مباحث المرافعات:ص١٠، تبصرة الحكام: ج١ص١٠٩، طبع سنة ١٣٠١، الطريقة المرضية: ص٥، الطبعة الثانية، شرائع الإسلام: ج٢ص٢٢٢.

(٢) مباحث المرافعات: ص٥، تبصرة الحكام: ج١ص١٠٩ طبع سنة ١٣٠١هـ، الطريقة المرضية: ص٥، الطبعة الثانية.

(٣) انظر: أدب القضاء- الغزي: ق٥أ، تحفة المحتاج: ج١٠ص٢٩٩.

مباشرة دعاوى الطلاق أو ثبوت النسب عن مدينهم، لعدم جدوى رفعها بالنسبة إليهم[1].

وهذه الأحكام مأخوذة في الجملة عن أحكام المدين في المذهب المالكي، فإن هنالك تشابها كبيراً بين هذه الأحكام وأحكام المدين في المذهب المذكور، إذا أحاط الدين بماله وأشهر إفلاسه[2].

والقاعدة في هذا عند الشافعية أن من يدعي حقاً لغيره: فإن كان هذا الحق منتقلاً إليه صحت دعواه، وإلا فلا، وضربوا لذلك مثلاً: أن شخصاً لو اشترى سهماً شائعاً من ملك، وأثبت في غيبة البائع أن المبيع لم يزل ملكاً لأبي البائع إلى أن مات، وخلفه لورثته، وأثبت حصرهم، وأن البائع يخصه القدر المبيع، فادعى بعض الورثة أن البائع أقر أن أباه وهبه الملك كله هبة لازمة، وأقام بينة بذلك، فأقام المشتري بينة أن الأب رجع في الهبة، سمعت دعواه، وبينته، لأنه يدعى ملكاً لغيره منتقلاً إليه، كالوارث فيما يدعيه لمورثه، بخلاف غريم الغريم إذا لم يشهر إفلاس هذا الأخير، وبخلاف ما لو اثبت شخص ديناً على ميتة وادعى أن لها على زوجها مهراً، لم تسمع دعواه، لأنه يدعي حقاً لغيره غير منتقل إليه[3].

ومقتضى هذه القاعدة التي ذكرها الشافعية أن الدائن له الحق في رفع الدعوى عن غريمه إذا كان هذا قد أفلس وحجر عليه، لأن حق الدائنين بعد الحجر على المدين يصبح متعلقاً بأمواله[4]، ومنها ما له من ديون على غيره، فيجوز طلبها من قبل الدائنين، لأنها لو حكم بها

---

(١) قواعد المرافعات -العشماوي: ص٥٨٨، ٥٨٩.

(٢) انظر في ذلك: كتاب المقارنات التشريعية: جـ٢ص٣١٢.

(٣) تحفة المحتاج: جـ١١ص٣١٠، عماد الرضا ببيان أدب القضا: ق١١أ، الديباج المذهب: ق٤٤أ.

(٤) انظر: المنهاج مع مغني المحتاج: جـ٢ص١٤٧ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، قال الشربيني في هذا (فإذا حجر عليه بطلب أو بدونه تعلق حق الغرماء بماله، كالرهن وعيناً كان أو ديناً أو منفعة، حتى لا ينفذ تصرفه فيه بما يضرهم، ولا تزاحمهم فيه الديون الحادثة، وشمل كلامهم الدين المؤجل، حتى لا يصح الإبراء منه)- مغني المحتاج: جـ٢ص١٤٧، والحق أن هذا ينبغي أن يأخذ به كل من قال بجواز الحجر على المدين الذي احاط الدين بماله، وجواز بيع ماله لسداد ديونه التي عليه، ومنهم أبو يوسف ومحمد من الحنفية، لأن في هذه الدعوى التي يرفعها الدائن لغريمه غرضا صحيحاً للمدعي، فإنه يبتغي منه سداد دينه الذي له على المفلس، وحقه بعد الحجر يتعلق بأموال غريمه، لا بذمته، فهو حينما يرفع الدعوى لغريمه فإنه يرفعها لتحصيل حقه في المال.

لآلت إليهم، فيكون طالباً لحق غيره المنتقل إليه، فيجوز ذلك بناء على القاعدة المذكورة.

٤- وذكر بعض الفقهاء أن رجلاً لو أحدث ضرراً في الطريق العام، فكل واحد من الناس خصم له، وله صفة الادعاء عليه، ومطالبته بإزالة الضرر(١).

٥- ويحق لبعض أهالي القرية أن يرفعوا الدعوى نيابة عن جميع سكان القرية في وجه من يريد الاعتداء على منافعهم المشتركة، كالنهر والمرعى، وذلك إذا كانوا غير محصورين، وحد عدم الحصر عند الفقهاء ما يزيد عن المائة، فإن كانوا أقل من ذلك لم يكن لبعضهم إلا إقامة الدعوى عن نفسه(٢)، وقد أخذ هذا الحكم عن الفقه الإسلامي قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، ولكنه حدد الدعاوى التي يجوز للبعض أن يرفعوها نيابة عن الجميع(٣).

٦- ويبقى بعد ذلك أن هذا الشرط متحقق في كل فرد من أفراد الدولة الإسلامية بالنسبة لجميع الدعاوى التي يطالب فيها بحقوق اللّه، أو بما حق اللّه فيه غالب على حق العبد، هذا مع العلم بأن تحديد هذه الحقوق مختلف فيه لدى كثير من الفقهاء.

وتسمى هذه الدعاوى في الفقه الإسلامي بدعاوى الحسبة، وكل فرد مسلم في دولة الإسلام يعتبر ذا صفة فيها، وذلك لأن رفعها من قبيل النهي عن المنكر أو الأمر بالمعروف، وهذا من فروض الكفاية على المسلمين، لقوله تعالى: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْراً لَهُمْ مِنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [آل عمران: ١١٠].

ولقول رسول اللّه ﷺ: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان»(٤)، وعلى معنى الحسبة حمل، قول رسول اللّه ﷺ:

---

(١) فصول الأحكام -المرغيناني: ق١٠٦ب.
(٢) فصل القضية: ص١١، مباحث المرافعات: ص٣٧.
(٣) انظر: الوجيز في أصول المحاكمات: رزق اللّه انطاكي: ص١٣٣، ١٣٤.
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي: جـ٢ص٢٢-٢٥، حلية الأولياء: جـ١٠ص٢٨، وهو مروي عن أبي سعيد الخدري عن رسول اللّه ﷺ.

«خير الشهود من أدى شهادته قبل أن يسألها»[1].

هذا والمدعي حسبة[2] يكون شاهداً بما يدعيه، فهو قائم بالخصومة من جهة وجوب ذلك عليه، وشاهد من جهة التحمل، ولكن غلب عليه إطلاق شاهد الحسبة دون مدعي الحسبة، فهو في الحقيقة مدع وشاهد باعتبارين، فلا تناقض لاختلاف الجهة[3].

والأشياء التي تقبل فيها الشهادة حسبة كثيرة، وفي بعضها خلاف مداره على أن الغالب حق الله تعالى أم حق العبد، فمن ترجح عنده أن الغالب حق الله تعالى أجاز قبول الشهادة فيه حسبة، ومن ترجح عنده حق العبد اشترط تقديم الدعوى من صاحب الحق، ومن هذه المسائل الطلاق والنكاح، ومنها الحدود كلها ما عدا القذف والسرقة، لغلبة حق العبد فيهما، والإيلاء والخلع والظهار والرضاع وحرمة المصاهرة، لتعلق ذلك كله بالإبضاع، ومما اختلفوا فيه الوقف إذا كان على الفقراء والمسجد، فقال أبو حنيفة: لا تقبل الشهادة بدون الدعوى، وقال أبو يوسف ومحمد: تقبل الشهادة في ذلك حسبة، وأما إذا كان الوقف على أناس بأعينهم فلا تقبل فيه شهادة الحسبة عندهم جميعهم[4].

هذا وليس جميع الفقهاء يرون إقامة دعوى الحسبة، فإن الذي ذكر سابقاً هو مذهب الحنفية، وكثير غيرهم لا يقول بها، وإن كانوا جميعاً يجيزون شهادة الحسبة فيما يتعلق بحقوق الله تعالى.

وممن قال بسماع دعوى الحسبة أيضاً المالكية، فإنهم أجازوا سماعها بالنسبة للحقوق

---

(١) سنن أبي داود: جـ٣ص٤١٤، الجامع الصحيح: جـ٤ص٥٤٤، ٥٤٥، سنن ابن ماجة: جـ٢ص٧٩٢، مسند أحمد: جـ٥ص٢٢١، حلية الأولياء: جـ٥ص٣٤٧، السنن الكبرى: جـ١٠ص١٥٩، بدائع المنن: جـ٢ص٢٤١، مصابيح السنة: جـ٢ص٥١، سبل السلام: جـ٤ص١٧١،وهذا الحديث ورد عن زيد بن خالد الجهني عن رسول الله ﷺ.

(٢) قال الزمخشري: فعل ذلك حسبة، أي احتساباً-أساس البلاغة: ص١٧٢.

(٣) موجز في المرافعات الشرعية-أحمد ابراهيم: ص٩.

(٤) المرجع السابق.

الخالصة لله تعالى، كالصلاة والصيام والزكاة والحج، بمعنى انه يدعي بتركها[1].

وأما الشافعية فلا يسمعون دعوى الحسبة إلا عند الاحتياج إليها، وذلك كما لو شهد اثنان أن فلاناً أخو فلانة، فلا تسمع في ذلك دعوى الحسبة حتى يقول المدعي: أنه يريد نكاحها، وهو كلام حسن، لأن الاعتداء على حق اللّه فيها لا يتحقق إلا بتحقق هذه الحاجة. وممن ذهب إلى سماع دعوى الحسبة من الشافعية القاضي حسين[2]، فتسمع عنده من غير تقييد ذلك بالحاجة[3].

وأما الحنابلة فقد صرحوا بعدم جواز الدعوى في حق اللّه فقالوا: (ولا تصح الدعوى في حق اللّه، كعبادة من صلاة وغيرها، وحد زنا أو سرقة، ونذر وكفارة ونحوه) ولكنهم ذهبوا إلى سماع البينة بذلك[4].

والواقع أن خلاف الفقهاء حول هذه المسألة لا يكاد يكون له أثر في التطبيق العملي، وذلك لأنهم متفقون على سماع شهادة الحسبة في حق اللّه، فمن أجاز بعد ذلك رفع الدعوى بحق اللّه لم يضف شيئاً جديداً، لأن فائدة الدعوى طلب أحلاف المدعى عليه أن أنكر، وحقوق اللّه لا يمين فيها باتفاق الفقهاء[5]، فتكون النتيجة أن دعوى الحسبة كشهادة الحسبة، ولم يبق بينهما فرق إلا في التسمية، وقد تقدم أن مدعي الحسبة هو في حقيقة الأمر مدع من جهة وشاهد من جهة أخرى، وانه لا حرج في التسميتين.

هذا في الفقه الإسلامي: وأما القانون: ففيه نظام النيابة العمومية، وهو قريب إلى حد ما

(١) القول المرتضى في احكام القضاء: ق١٥أ.

(٢) هو الإمام المحقق القاضي الحسين بن محمّد بن أحمد أبو علي المرورروذي من أئمة المذهب الشافعي، وكان غواصاً في الدقائق، وكان يلقب بحبر الأمة، تخرج عليه من الأئمة عدد كثير منهم إمام الحرمين، توفي سنة ٤٦٢هـ- انظر طبقات الشافعية الكبرى: ج٣ص١٥٥، ١٥٦، وطبقات الشافعية لابن هداية اللّه: ص٥٧.

(٣) أدب القضاء- ابن أبي الدم ق٧٧ب.

(٤) كشاف القناع:ج٤ص١٩٤.

(٥) أدب القضاء-ابن أبي الدم: ق٧٧ب.

من نظام الحسبة، ولكنه ضيق إلى درجة كبيرة جداً، ففيه لا يدعي إلا أشخاص محدودون، ومن جهة أخرى ليس لهم الادعاء إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون[1] وهي قليلة جدا إذا ما قورنت بمقابلها في الشريعة الإسلامية، إذ أن كل ما فيه حق الله غالب، وقل -إذا شئت- مصلحة المجتمع غالبة، تجوز فيه دعوى الحسبة، وربما تجب.

الشق الثاني: شرط الصفة في المدعى عليه:

لا تصح الدعوى في الفقه الإسلامي إلا إذا رفعت في وجه من يعتبره المشرع خصماً، ويجبره على الدخول في القضية، ليجيب بالاعتراف أو بالإنكار.

وأما أهل القانون: فإنهم وإن اتفقوا مع الفقهاء في اشتراط الصفة في الدعوى، إلا أن قليلاً منهم من ذهب إلى اشتراط الصفة في المدعى عليه، **والواقع يدل على أن علماء القانون في هذا الأمر ثلاث فئات:**

الأولى: وهم الذين قصروا الدعوى في مفهومها على حق الإنسان في اللجوء إلى القضاء، فإنهم لم يروا داعياً إلى اشتراط الصفة في المدعى عليه لتصحيح الدعوى، لأن هذا خارج عن عناصر الدعوى الرئيسية، ولكنهم قالوا: هذا شرط في المطالبة القضائية، أما الدعوى فهي حق موجود قبل توجيهها إلى خصم، ثم إن توجيهها إلى غير خصم لا يبطلها ولا يعدم وجودها[2].

الثانية: وهنالك جماعة يشاركون الفئة الأولى في مفهومها للدعوى، ولكنهم يشترطون الصفة في المدعى عليه[3]، وهم بذلك يخالفون مقتضى ما ذهبوا إليه من أن الدعوى حق من الحقوق، وليست إجراء ولا تصرفاً.

الثالثة: وهي الجماعة التي ذهبت إلى أن الدعوى تعني في لغة القانون الإجرائي المطالبة

(١) المرافعات المدنية والتجارية-محمد حامد فهمي: ص٣٦٨، ٣٦٩.
(٢) انظر: شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٢٧٥، ٢٧٦.
(٣) المرافعات المدنية والتجارية- أبو هيف: ص٢٤٦.

القضائية، وهذه الفئة اشترطت في المدعى عليه أن يكون ذا صفة في توجيه الدعوى إليه[1].

وعلى أية حال فإن الذين اشترطوا الصفة في المدعى عليه من أهل القانون لم يبحثوها بالتفصيل[2]،ولم يضعوا القواعد الوافية في تحديد الخصم في الدعوى، ومن يصح توجيهها إليه، بخلاف فقهاء المسلمين الذين حرصوا على وضع القواعد العامة في ذلك لجميع أنواع الدعاوى، والقواعد الخاصة بكل نوع أو بكل دعوى، وفيما يلي تفصيل ما ذكروه في هذا الموضوع:

من يكون خصماً في الدعوى:

لقد وضع الفقهاء المسلمون قواعد ومعايير خاصة بكل نوع من أنواع الدعاوى التي تقدم ذكرها في الفصل الأول من هذا الباب لمعرفة من يكون الخصم فيها. وكذلك اجتهدوا في بيان الخصم في كثير من المسائل الفرعية، ومن تلك المعايير الخاصة ومن تلك المسائل يمكن استنتاج اصل عام يشمل تلك المعايير، وتنطبق عليه تلك المسائل، وهو (أن من ادعى على إنسان شيئاً، فإن كان المدعى عليه لو أقر يصح إقراره فيترتب عليه حكم، فإنه يكون بإنكاره خصماً في الدعوى، وتصح بتوجيهها إليه، أما إذا كان لا يترتب على إقراره حكم لم يكن خصماً بإنكاره)[3]، هذا ويقوم مقام من ينطبق عليه هذا الأصل من ينوب عنهم من وكيل أو ولي أو وصي أو قيم، وإن كان هؤلاء لا يترتب على إقرارهم حكم، لأن الشارع أقر الولاية والوصاية والقوامة والوكالة لمصالح اعتبرها.

---

(١) أصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣٢٨، ٣٢٩، أصول المحاكمات الحقوقية-فارس الخوري ص١٣١، ١٣٢، وقد جرى عمل المحاكم المصرية على اشتراط الصفة في المدعى عليه-شرح قانون الاجراءات المدنية- عبدالباسط جميعي: ص٢٧٥.

(٢) وقد اخذ قانون المرافعات العراقي كثيراً من أحكام شرط الصفة والخصومة عن المذهب الحنفي، وخصوصاً عن تلك الأحكام المقررة في مجلة الأحكام العدلية.

(٣) أشار إلى هذا الأصل الحطاب في مواهب الجليل: ج٦ص١٢٥، وأحمد إبراهيم في موجز في المرافعات الشرعية: ص٢٣، وهو مشتق من شرط الإلزام في الدعوى الذي اتفق على اشتراطه معظم الفقهاء، وهو أن تكون الدعوى فيما يلزم شيئاً على المدعى عليه، وسوف يأتي تفصيل هذا الشرط عند الكلام عن المصلحة في الدعوى في المطلب الثاني من هذا المبحث ان شاء الله تعالى.

ومما يتفرع على هذه القاعدة أنه لو قال شخص لآخر: أن رسولك فلاناً أخذ مني كذا لأجلك فأعطني ثمنه كان المرسل (بكسر السين) خصماً للطالب إذا أنكر، لأنه يكون مجبراً على دفع ثمن المبيع لو أقر بشراء رسوله، إذ حقوق العقد تتعلق بالمرسل (بكسر السين)، لا بالمرسل، بخلاف الوكيل في التصرفات التي يقبل الحكم فيها الانفصال عن السبب كالبيع، وقد أضاف العقد إلى نفسه، فإن الخصم في هذه الحالة يكون هو الوكيل[1].

هذا ويلحق بنائب الأصيل من وكيل أو ولي أو وصي عند الحنفية من بينه وبين الأصيل اتصال في الشيء المدعى به[2]، وبناء على ذلك قالوا: لا يصح الحكم على الغائب في وجه من ليس نائباً عنه إلا في صورتين يتحقق فيهما الاتصال المذكور هما:

الصورة الأولى: أن يكون ما يدعى على الأصيل الغائب سبباً لما يدعى على الحاضر، وذلك كالكفيل، فإنه يصلح أن يكون خصماً لدائن الأصيل الذي كفل له الدين، ويكون الحكم على الكفيل حكماً على الأصيل، لأن ما يدعى عليه متفرع عما يدعى على الأصيل الغائب، والمدعي لا يتوصل إلى إثبات حقه على الحاضر إلا بإثباته على الغائب[3].

وذهب البزدوي والأوزجندي[4] من الحنفية إلى أن الحاضر ينوب عن الغائب الأصيل إذا كان ما يدعى على هذا الأخير شرطاً لما يدعى على الأول، لأن الانسان كما لا يمكنه إثبات حقه إلا بإثبات سببه لا يمكنه أيضاً إلا بإثبات شرطه[5]، ولكن ذلك مقيد فيما إذا كان

---

(١) موجز في المرافعات الشرعية: أحمد ابراهيم: ص٣٣.

(٢) درر الحكام: جـ٢ص٤١٠، الفواكه البدرية: ص ٩٥.

(٣) درر الحكام: جـ٢ص٤١٠، لسان الحكام لابن الشحنة، ص١٨، جامع الفصولين: جـ١ص٥٥.

(٤) وهو حسن بن منصور قاضيخان الأوزجندي: كان اماماً كبيراً من أئمة الحنفية وقد عد من طبقة الاجتهاد في المسائل، له الفتاوى المشهورة المتداولة، وشرح الزيادات، وشرح الجامع الصغير وغيرها، توفي سنة ٥٩٢هـ-الفوائد البهية: ص٦٤.

(٥) انظر: فصول الاستروشني: ق٣٣أ، درر الحكام: جـ٢ص٤١٠، لسان الحكام لابن الشحنة ص١٨، معين الحكام: ص٥٩، جامع الفصولين: جـ١ص٥٧، ومما مثلوا به: لو ادعى القاذف انه عبد فلان، وبرهن المقذوف ان فلاناً حرره يقبل منه ذلك لأنه برهن على شرط حقه -انظر: جامع الفصولين: جـ١ص٥٧.

الحكم بالشرط لا يؤدي إلى إبطال حق الغائب، وإلا فإن الحاضر لا ينتصب خصماً عن الغائب، وذلك كما لو قال رجل لامرأته: لو طلق فلان زوجته فأنت طالق، فبرهنت امرأة الحالف عليه أن فلاناً طلق امرأته: لا يقبل منها بخلاف ما لو قال لامرأته: لو دخل فلان داره فأنت طالق، فبرهنت أن فلاناً دخل داره، فيقبل منها، ويحكم لها بالطلاق، والفرق بين المسألتين أن الحكم بالشرط في الأولى يؤدي إلى إبطال حق الغائب بتطليق زوجته، وفي الثانية لا يؤدي الحكم بدخول الغائب الدار إلى إبطال حقه[1].

وقد اختار صاحب «جامع الفصولين» أن ينتصب الحاضر خصماً على الغائب في كل ما لا يمكن إثبات حقه على الحاضر إلا بإثبات ذلك على الغائب، سواء أكان سبباً أم شرطاً، لأن المدعي في هذه الحالة صاحب ضرورة، وسيأتي في «مبحث القضاء على الغائب» في الباب الثاني أن الرأي المختار عند الحنفية، والذي عليه الفتوى أن القضاء على الغائب جائز عند الضرورة أو الحاجة، فاذا صح الحكم عليه في هذه الحالة بدون خصم أو بخصم مسخر، فلأن يصح ذلك بحضور خصم عنه وله به علاقة أولى، وهذا رأي حسن -كما يرى- لما فيه من صيانة الحقوق ورعاية الأصول[2].

الصورة الثانية: أن تكون الخصومة في شيء لا يتجزأ: فإذا ما ادعى أحد ديناً على المورث، سمعت الدعوى على أحد الورثة، ولا يلزم في هذه الحالة ذكر جميع الورثة وحضورهم، بل إذا ذكر واحداً منهم، وبرهن أنه واجب عليه اداء الدين من التركة التي في يده كفى ذلك، ومتى ثبت الدين على الميت، في مواجهة أحد الورثة ثبت على الكل، فيؤخذ من جميع التركة، وليس لبقية الورثة أن يقولوا للدائن : أثبت دينك بحضورنا أيضاً، لأن الخصومة هنا في ثبوت الدين على الميت، وهو أمر لا يتجزأ بالنسبة للورثة، فتلحق آثار الحكم بهم جميعاً، ولكن للغيّب من الورثة إذا حضروا أن يدفعوا دعوى المدعي بدفع مقبول[3].

---

(١) جامع الفصولين: جـ١ص٥٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق: جـ١ص٥٢، الأصول القضائية -علي قراعة: ص٣٦، ٣٧.

تلك هي القاعدة العامة في تحديد صفة المدعى عليه، **وفيما يلي نبحث فيمن تنطبق عليه تلك القاعدة في كل نوع من أنواع الدعاوى:**

أولاً-الخصم في دعاوى العين:

ذهب الفقهاء إلى أن المدعى عليه في دعاوى العين هو من كانت هـذه العين في يـده[1]. وهذا في الحقيقة هو مقتضى القاعدة العامة التي تقدم ذكرها، وبيان ذلك أن أي شخص ليست العين المدعاة في يده ليس له أن يقر بها، وإذا أقر بها للمدعي لم يكن إقراره ملزماً لمن يحوز تلك العين المدعاة، والحائز لها هو الذي يملك أن يقر بها، فهو إذن الخصم في دعواها، ولهذا نجد الفقهاء يشترطون في دعاوى العقار أن يقول المدعي: (وهو -أي المدعى به- في يد المدعى عليه بغير حق)[2].

واليد التي يكون صاحبها خصماً في الدعوى هي التي تدل على الملك في الظاهر، فإن لم تكن كذلك، بأن كانت طارئة، كيد مستأجر أو مستعير أو مرتهن أو نحو ذلك لم يصح توجيه الدعوى إلى صاحبها منفرداً[3]، وإذا وجهها المدعي إليه كان لهذا الحائز العرضي أن يدفع الدعوى عنه بأن يده ليست يد ملك، وإنما هي يد عارضة، بشرط أن يبرهن على دفعه، وعندئذ ترد دعوى المدعي، ويطلب منه رفعها في مواجهة المالك[4]. والواقع أن صاحب اليد

---

(١) الهداية والعناية وتكملة فتح القدير: جـ٦ص١٤٦، درر الحكام: جـ٢ص٣٣٠، جامع الفصولين: جـ١ص٣٨، فصل القضية: ص٧،الايضاحات الجليلة: ص١٢٣، مباحث المرافعات ص٢٦، المادة ١٦٣٥ من مجلة الأحكام العدلية. تبصرة الحكام: جـ١ص١٠٤ طبع سنة ١٣٠١، الطريقة المرضية: ص٣٨، ٣٩، الطبعة الثانية، الأم: جـ٦ص٢٣٦، اعانة الطالبين جـ٤ص٢٤١.

(٢) العناية وتكملة فتح القدير: جـ٦ص١٤٩، درر الحكام: جـ٢ص٣٣٠، جمع المتفرقات: ق١ب، الأصول القضائية-علي قراعة: ص١٦، مواهب الجليل: جـ٦ص١٢٥، الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٣ب.

(٣) ولكن يجدر بالملاحظة أنه يطلب من الحائز العرضي الحضور إلى مجلس القضاء ليؤمر بتسليم الشيء المدعى عند اثبات الدعوى-انظر: جامع الفصولين: جـ١ص٣٨.

(٤) الهداية وتكملة فتح القدر: جـ٦ص٢١٢، درر الحكام: جـ٢ص٣٤٣، جامع الفصولين: جـ١ص١٣٠، ١٣١، الفتاوى الهندية: جـ٤ص٤٣، الأصول القضائية: ص٥١، ٥٢، الطريقة المرضية: ص٣٨، ٣٩، **الطبعة الثانية، نهاية المحتاج: جـ٨ص١٦٨، ١٦٩، أدب القضا- الغزي: ق١٤ب،المغني لابن قدامة: جـ٩ص٣٠١، كشاف القناع: جـ٦ص٢٧٥ طبع سنة ١٣٦٧هـ.**

الطارئة لا ينفذ إقراره على المالك ولا يترتب عليه حكم، فلا يكون خصماً بإنكاره، وذلك بناء على القاعدة العامة التي ذكرناها في مطلع هذا البحث.

وهذا الذي تقدم مختص بدعاوى الملك المطلق عن السبب، أما إذ ادعى المدعي أن فلاناً غصب منه عينه لم يكن للمدعي دفع هذه الدعوى بحجة أن العين المدعاة ليست في يديه، أو أنه نائب في حيازتها عن غيره، لأن الأصل في دعوى الفعل -كما سيأتي قريباً- أنها يصح توجيهها ضد الفاعل[1] بغض النظر عن المستقر الذي يستقر فيه الشيء المدعى، وإنما كان ذلك في هذه الدعوى، لأن من وجه إليه دعوى الفعل لو أقر به لترتب على ذلك إلزامه بقيمة المدعى به أو مثله إن كان هالكاً، ورده إن كان موجوداً، فهو إذن خصم بمقتضى القاعدة العامة.

ويتفرع على ما تقدم ذكره ما يلي:

١- إذا باع رجل ملك غيره، وسلمه بدون إذنه، كان الخصم هو المشتري، ولكن محل ذلك إذا طلب المدعي استرداد العين، أما إذا أراد التضمين سمعت الدعوى على الغاصب البائع، وإن كانت العين في يد غيره، لأنها تكون دعوى فعل عندئذ، وهذه كما تصح على ذي اليد تصح على غيره[٢].

٢- إذا توفي شخص عن تركة فيها أعيان، وله ورثة، وأراد شخص الادعاء بعين من أعيانها كان الخصم له هو الوارث الذي في يده تلك العين، ولا تسمع الدعوى بها على غيره من الورثة[٣].

٣- إذا بيع عقار، فطلب الشفيع أخذه بالشفعة، فإن استلمه المشتري كان هو الخصم

---

(١) درر الحكام: جـ٢ص٣٤٤.

(٢) صرة الفتاوى: ق٢٨٧أ، الايضاحات الجليلة: ص٦٣، ٦٤، فصل القضية: ص٨، مباحثات المرافعات: ص٢٩، الأصول القضائية: ص٣٦، المرافعات الشرعية-عبدالحكيم السبكي: ص٢٩، المادة ١٦٤٢ من مجلة الأحكام العدلية،مرآة المجلة: جـ٢ص٣٩٥، ٣٩٦، دليل القضاء الشرعي:جـ٢ص١٠٠، وقد جاءت هذه القاعدة في المادة الرابعة من قانون المرافعات العراقي، وهي منقولة عن المادة السابقة في المجلة.

(٣) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٤، جامع الفصولين: جـ١ص٥٢، أدب القضا-الغزي: ق٢أ.

للشفيع، وإن لم يتسلمه كان الخصم له كلا من البائع والمشتري، لأن الأول واضع اليد، فيحضر من أجل التسليم، والآخر مالك، فلا تسمع الدعوى إلا بحضورهما جميعاً[1].

٤- إذا باع رجل عيناً لغيره، ولم يسلمها له، فأراد آخر دعوى ملكيتها، كان الخصم له كلا من البائع والمشتري، لأن الأول واضع اليد، فلا بد من حضوره ليؤمر بالتسليم عند ثبوت الدعوى، والثاني مالك، وأما إذا سلمها البائع للمشتري كان الخصم هو المشتري[2].

ففي جميع الحالات التي تكون فيه العين المدعاة في يد غير المالك يشترط في صحة الدعوى حضور الاثنين[3]، والحق أن المدعى عليه هو المالك للعين، وإن لم تكن يده على المدعى به فعلاً ولكنها عليه حكماً، والآخر حيازته لها عرضية ومؤقتة، ولأنه هو الذي يترتب على إقراره حكم، وإنما يطلب حضور الآخرين لغاية أخرى، وهي الحكم عليهم بتسليم العين للمدعي عند ثبوت الدعوى.

رأى أهل القانون فيمن يكون خصماً في الدعوى العينية:

وذهب من اشترط الصفة في المدعى عليه من علماء المرافعات إلى أنها تتحقق بالنسبة للدعوى العينية (أي التي تحمي الحق العيني) فيمن يحوز العين المدعاة وعللوا ذلك بأن الحق العيني مقرر على عين بذاتها يتبعها في يد أي إنسان تؤول إليه حيازتها، بمعنى أن الحق العيني يمنح صاحبه سلطة التتبع للعين المتعلق بها، ومعنى هذه السلطة يتضمن مشروعية دعاوى تحميها إزاء كل من تؤول إلى يده العين المدعاة[4].

وإذا قارنا هذا الاجتهاد القانوني بمقابله من اجتهاد الفقهاء المسلمين لاحظنا مقدار نضج الفقه الإسلامي إزاء الفقه الوضعي: فمع أن الفقهاء المسلمين لاحظوا أن المدعى عليه في

---

(١) جامع الفصولين: جـ١ص٤٠، ٤١، مباحث المرافعات: ص٢٧.
(٢) مباحث المرافعات: ص٢٧، الأصول القضائية: ص٣٥.
(٣) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٤، جامع الفصولين: جـ١ص٣٨، الأصول القضائية: ص٣٤، ٣٥.
(٤) المرافعات المدنية والتجارية-محمد حامد فهمي: ص٣٧٢، الوجيز في المرافعات المدنية-عبد المنعم الشرقاوي: ص٤١.

دعوى العين هو من في يده تلك العين، لكنهم اشترطوا أن تكون تلك اليد دليل الملك ظاهراً، حتى يُعطي صاحبها الصفة في أن توجه الدعوى ضده، فإن لم تكن كذلك كان الخصم في الدعوى هو المالك، ولكن لما كان الفقه الإسلامي يعترف بأن لصاحب الحق المتعلق بالعين سلطة التتبع، فقد ذهب الفقهاء إلى أن الحائز العرضي للعين المدعاة ينبغي أن يحضر في الدعوى، حتى إذا ما أثبتها المدعي حكم عليه بالتسليم إليه.

كيفية ثبوت اليد:

تلك هي القاعدة العامة في دعاوى العين، ولكن كيف تثبت اليد التي بها تثبت الصفة في المدعى عليه؟

أكثر من توسع في بحث هذه المسألة هم علماء الحنفية فقالوا: أن العين المدعاة، إما أن تكون منقولاً، وإما عقاراً، وعند سؤال القاضي للمدعى عليه عن وضع يده لا يخلو حاله من أحد أمرين: الأول: أن ينكر وضع يده، والثاني: أن يقر.

فإن كان الأول، و لم يكن للقاضي علم بيد المدعى عليه، كلف المدعي بإثبات وضع يد المدعى عليه بالبينة، سواء أكانت العين منقولة أم عقارية، ولا بد من أن تكون البينة تشهد بأنهم عاينوه في يده، حتى لو قالوا: سمعنا ذلك منه أو من غيره لم تقبل[1].

وإن كان الثاني، أي الإقرار، فإن كان الشيء المدعى منقولاً ثبت وضع اليد بهذا الإقرار (ويسمونه التصادق)[2]. وأما إذا كان عقاراً، فإن ادعى فعلاً كالغصب والشراء من ذي اليد لم يكن المدعي في حاجة إلى إقامة البينة على أن المدعى عليه يضع يده على الشيء المدعى، إذ الخصم في دعوى الفعل يجوز أن يكون الفاعل، كما يصح أن يكون صاحب اليد، فلا يكون إثبات اليد شرطاً. أما إذا ادعى ملكاً مطلقاً، فقد اختلف فقهاء الحنفية فيما تثبت به يد

---

(١) الهداية والعناية وتكلمة فتح القدير: جـ٦ص١٤٦، درر الحكام: جـ٢ص٣٣١، مباحث المرافعات : ص٢٠.

(٢) الهداية وتكملة فتح القدير: جـ٦ص١٤٦، الأصول القضائية: ص٣٦، مباحث المرافعات: ٢٠.

المدعى عليه في هذه الحالة، فقال بعضهم: يكفي التصادق في ذلك، وقال آخرون لا يكفي التصادق، ولكن لا بد من إثبات وضع اليد بالبينة أو بعم القاضي[1]، ولا تثبت بإقرار المدعى عليه، وأصحاب هذا الرأي الأخير يعللون هذا التمييز بين المنقول، حيث قالوا بثبوت اليد فيه بالتصادق، وبين العقار، حيث اشترطوا البينة أو علم القاضي لثبوت اليد عليه، بقولهم: إنّ وضع اليد في المنقول مشاهد، ولا مجال فيه للغش والمواضعة، فلا حاجة إلا إثباته بالبينة، وأما العقار، فوضع اليد عليه غير مشاهد، فيكون فيه مجال للغش والمواضعة بين المدعي والمدعى عليه، وذلك أنه قد يكون في يد غيرهما، فيتفقان على إن يصدق المدعى عليه المدعي في وضع اليد، ثم ينكر الملكية، فيقيم المدعي البينة على الملكية، فيحكم له، فيصير هذا قضاء له بمال غيره، وهو واضع اليد الحقيقي، ويفضي ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الشخص[2].

هذا هو ما قالوه في هذه المسألة، غير أن هذا التعليل الذي ذكره فيه نظر من وجهين:

الوجه الأول: أن المدعي إذا كان متفقاً مع المدعى عليه على الاعتراف بوضع اليد، وأقام بينة على الملكية، فإن كانت هذه البينة صادقة في الواقع ونفس الأمر، فلا ضرر من ذلك التواطؤ، وإن كانت كاذبة فإن من يكذب في بينة إثبات الملك لا يبعد عليه أن يكذب في بينة إثبات وضع اليد، وقد أشار إلى هذا الاعتراض الإمام الحنفي صدر الشريعة[3].

وقد أجيب عليه بأن التهمة في صورة الإقرار باليد قريبة، وفي صورة إقامة البينة بعيدة، وبيان ذلك أن المواضعة في صورة الإقرار تكون بين اثنين فقط، وهما المدعي والمدعى عليه، بينما تكون في صورة البينة بين أربعة هم: المدعي والمدعى عليه والشاهدان، ولا يخفى أن

(١) تكملة فتح القدير: جـ٦ص١٤٦، الفتاوي الهندية: جـ٤ص٩، منحة الخالق: جـ٧ص٢٠١.

(٢) تكملة فتح القدير: جـ٦ص١٤٧، درر الحكام: جـ٢ص٣٣١، موجز في المرافعات الشرعية- أحمد إبراهيم: ص١٩، مباحث المرافعات: ص٢١.

(٣) هو الإمام عبيد الله صدر الشريعة الأصغر بن مسعود بن تاج الشريعة محمود بن صدر الشريعة أحمد بن جمال الدين: فقيه حنفي، أصولي خلافي جدلي محدث مفسر نحوي لغوي، ألف في الأصول متناً لطيفاً سماه «التنقيح»، ثم صنف شرحا له سماه «التوضيح»، وله كتب أخرى نافعة، مات سنة ٧٤٧هـ- انظر الفوائد البهية: ص١٠٩، ١١٠.

احتمال تواطؤ أربعة على الكذب أقل من احتمال تواطؤ اثنين فللاحتياط لزمت البينة، وما لا يدرك كله لا يترك كله[1]، ويمكن أن يدفع هذا الجواب بأن من فرض التواطؤ في التصادق فرضه في بينة إثبات الملك، وإلا فإن كانت هذه البينة الأخيرة صادقة لم يضر التواطؤ والمواضعة في التصادق على ثبوت اليد، فإن كان الأمر كذلك فمن قدر على التواطؤ في بينة الملك قدر عليه في بينة التصادق، وبذلك يتبين أن احتمال التواطؤ في الصورتين واحد.

الوجه الثاني: أن السبب الذي قالوه في العقار قد يوجد في المنقول أيضاً، إذ من الجائز أن يكون في يد المدعى عليه بطريق الأمانة، كالإجارة والإعارة، فمشاهدة وضع اليد فيه لا تكفي[2].

بهذا يتبين بطلان ما ذكروه من مبرر للتمييز بين العقار والمنقول في ثبوت اليد على المدعى به، ولعل الحق مع الذين قالوا بثبوتها بالإقرار في كليهما، لأن المدعى به سواء أكان عقاراً أم منقولاً، إن كان في يد المدعى عليه وأقر بذلك فالمدعي يأخذه منه بعد إثبات ملكيته، فإن كان لشخص آخر حق فيه، فليطلبه، وإن لم يكن في يده، فلا يكون للمدعي ولاية الأخذ من ذي اليد، لأن البينة قامت على غير خصم، فالضرر لا يلحق بذي اليد في هذه الحالة[3].

ثانياً: الخصم في دعاوى الدين:

الدين وصف في الذمة[4]،ولا يتصور فيه اليد والحيازة[5]، ولذلك فإنه لا يكون خصماً في

---

(١) موجز في المرافعات الشرعية-أحمد ابراهيم: ص٢٠.

(٢) مباحث المرافعات: ص٣٢.

(٣) المرجع السابق.

(٤) الذمة والذمام في اللغة: العهد الذي يلزم الذم مضيعه-أساس البلاغة: ص٣٠٢، وقال في المجاني الزهرية: ص٤٠، ٤١ (قال في البحر: والذمة العهد والأمان والضمان، وقولهم: في ذمتي كذا، أي في ضماني، والجمع ذمم مثل سدر كما في المصباح ، وقال الأصوليون: ان المولود يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه، وفي التحرير: والذمة وصف شرعي تتحقق به الأهلية لوجوب ماله وعليه، وفسرها فخر الإسلام بالنفس والرقبة التي لها عهد، والمراد أنها العهد، فقولهم: إن في ذمته، أي في نفسه باعتبار عهدها من باب اطلاق الحال واردة المحل).

(٥) فصل القضية: ص٧، مباحث المرافعات: ص٢٨، المرافعات الشرعية-عبدالحكيم بن محمد: ص٢٨.

دعوى الدين إلا من هو في ذمته، أو نائبه في الخصومة[1]، وهذه القاعدة في تحديد الخصم في دعوى الدين تنبثق من تلك القاعدة العامة المذكورة في مطلع هذا البحث، وذلك أن المدين هو الذي إذا أقر بالدين حمل نتيجة إقراره، وألزم به، فهو إذن الذي يترتب على إقراره حكم في دعوى الدين، فهو إذن المدعى عليه، ولكن الفقهاء قالوا: إن الولي والوصي والوكيل ينوبون عن المدين في تلقي الدعوى والجواب عنها، وإن لم يترتب على إقرارهم حكم.

ويجدر بالذكر أنه وإن اختلفت المذاهب في تحديد ما يثبت في الذمة وما لا يثبت، إلا أن تلك القاعدة تنطبق على جميع دعاوى الدين في جميع مذاهب الفقه الإسلامي، فقد ذكرها الحنفية والشافعية، وفرعوا عليها[2]، وغيرهم يستدل من فرعياتهم في تحديد الخصم صحة هذه القاعدة عندهم، والتزامهم بها[3].

وينبني على تلك القاعدة أن حائز العين التي يتملكها المدين لا يصلح أن توجه إليه الدعوى، وإن كان مقراً بتملك المدين لهذه العين، وبناء عليه لا يجوز توجيه الدعوى إلى المستأجر من المدين، ولا إلى الغاصب منه، ولا إلى المستعير منه، ولا إلى المودع من قبله[4]. غير أن فقهاء الحنفية استثنوا من ذلك دعوى الدين الذي سببه النفقة الشرعية للزوجة أو الأولاد أو الأبوين، فإنه يجوز توجيهها إلى حائز العين المملوكة للمدين المطالب بالنفقة[5].

وكذلك لا يجوز توجيه الدعوى إلى مدين المدين[6]، فإذا كان دين لشخص على غيره، وكان لهذا المدين دين على آخر، فأراد الدائن مخاصمة مدين مدينه، ليثبت الدين في مواجهته، ويستوفيه من الدين الذي عليه لمدينه، لاتسمع هذه الدعوى، لأن المدعى عليه ليس مديناً له

---

(١) موجز في المرافعات الشرعية-أحمد ابراهيم: ص٣٤، مباحث المرافعات: ص٢٩.

(٢) المادة ١٦٣٤، من مجلة الأحكام العدلية، موجز في المرافعات الشرعية-أحمد ابراهيم: ص٣٣، خلاصة نظرية المرافعات-ابو الفتح: ص١٦، الأصول القضائية ص٣٣، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٤.

(٣) القول المرتضى: ق١٨ب.

(٤) فصل القضية: ص٧، مباحث المرافعات: ص٢٩.

(٥) المادة ١٦٣٩ من مجلة الأحكام العدلية، فصل القضية: ص٧، مباحث المرافعات: ص٢٨، ٢٩.

(٦) فصل القضية: ص٧، مباحث المرافعات: ص٢٨، ٢٩، عماد الرضا ببيان أدب القضا ق١١أ، الديباج المذهب: ق٤أ.

ولا نائباً في الخصومة على مدينه، واستثنى الحنفية من هذه الصورة أيضاً ما استثنوه من الصورة السابقة، فأجازوا لمن له النفقة رفع الدعوى على مدين من وجبت عليه[1].

الخصم في دعاوى الدين عند أهل القانون:

اصطلح أهل القانون على تسمية الدعوى التي يطالب فيها بدين في الذمة «بالدعوى الشخصية» وهي الدعوى التي يكون فيها الشيء المدعى حقاً شخصياً، ولما كان هذا الحق يقابله التزام من جانب شخص آخر معين، فقد قالوا: إن الدعوى الشخصية لا تقام إلا على ذات الملتزم، أو من يحل محله من وكيل أو وصي أو وارث، حتى ولو كان الشيء الملزم بأدائه في يد غير المدين به، فقالوا: لو أن شخصاً أجر علينا لآخر، فتولد بذمته- بموجب عقد الإيجار- التزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين، ثم باعها المؤجر، أو أجرها لشخص آخر، وسلمها إليه، فلا يكون للمستأجر الأول إلا دعوى شخصية يرفعها على المؤجر يطلب بها تسليم العين، أو تعويض الضرر الناشئ عن عدم الوفاء بالالتزام، وأما المشتري، أو المستأجر الثاني، فلا توجه إليهما الدعوى، لأنهما ليسا مدينين للمستأجر الأول بأي التزام شخصي، وحق المستأجر ليس حقاً عينياً يمنح صاحبه سلطة يتتبع بها العين التي تعلق حقه بها[2].

وفي الفقه الحنفي خلاف حول المسألة السابقة: فمنهم من قال: يصح أن يكون المستأجر خصماً لمستأجر آخر، وهو ما ذهب إليه فخر الإسلام البزدوي، وقالوا: إن من يدعي الملك لنفسه في شيء ينتصب خصماً لمن يدعي الملك في ذلك الشيء[3]، ويلاحظ في هذا المقام أن عقد الإجارة في الفقه الحنفي لا يتولد عنه دين أو حق شخصي للمستأجر، كما هو الحال عند أهل القانون، وإنما يتولد عنه ملك منفعة العين المأجورة.

---

(١) فصل القضية: ص٧، مباحث المرافعات: ص٢٨، ٢٩، المادة ١٦٤٠ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المرافعات المدنية والتجارية-محمد حامد فهمي: ص٣٧٢.

(٣) فصول الأحكام في أصول الأحكام ـ المرغيناني: ق١٦ ب ، جامع الفصولين: جـ ١ ص ٣٦ ، الفتاوى الهندية: جـ ٤ ص ٣٤.

وذهب شمس الأئمة السرخسي[1] إلى أن المستأجر الثاني لا يكون خصماً للأول، كالمستعير، إذ كلاهما لا يدعي ملك العين، وإن كان يدعي ملك المنفعة، فلا يكون خصماً للأول إلا إذا ادعى عليه فعلاً، كأن يقول: غصبها مني ونحوه، وأمّا بدون دعوى الفعل عليه، بأن قال مثلاً: استأجرتها قبلك، فلا ينتصب خصماً له[2].

ثالثاً: الخصم في الدعاوى الأخرى:

المدعى به ليس مقتصراً على العين والدين، وإنما قد يكون فعلاً أو قولاً أو عقداً أو نسباً أو غير ذلك، **فمن هو الخصم في دعاوى هذه الأشياء؟**

١- **ففي دعوى الفعل**، كالغصب وغيره، الخصم هو الفاعل[3]، **أي الذي يدعى عليه انه** قام بالفعل: فدعوى الغصب تقام على الغاصب، وتصح أيضاً على ذي اليد، **أما إذا كان الفاعل** مكرهاً على الفعل من قبل آمر مجبر، فتقام الدعوى على الآمر، **ودعوى الإتلاف والضرر الذي** يحدثه الحيوان ترفع على صاحبه، **ولا يشترط في دعوى الفعل رفعها على من في يده الشيء** الذي تعلق به الفعل، **وإنما يصح توجيهها إليه، كما يصح أن توجه ضد الفاعل.**

٢- **وفي دعوى القول**: الخصم هو القائل، أي الذي يدعى عليه **أنه قال القول، ومنه** دعوى الطلاق، تقيمها الزوجة على زوجها في حياته، **ومثل الطلاق الإقرار والإبراء،** وكذلك الأمر في دعوى القذف أو الشتم، الخصم هو القاذف أو الشاتم[4].

---

(١) هو الإمام محمّد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة السرخسي: من أئمة الحنفية، عد من المجتهدين في المسائل، أملى المبسوط وهو في السجن، ونسبته إلى سرخس بلدة قديمة من بلاد خراسان، وله كتاب في أصول الفقه، وشرح السير الكبير، وله شرح مختصر الطحاوي، توفي في حدود التسعين وأربعمائة وقيل في حدود خمسمائة- الفوائد البهية: ص١٥٨، ١٥٩.

(٢) فصول الأحكام-المرغيناني: ق١٦ب، الفتاوى الهندية: ج٤ص٣٤، جامع الفصولين: ج١ص٣٦.

(٣) درر الحكام: ج٢ص٣٤٤، صرة الفتاوى: ق٢٨٧أ، المادة ١٦٣٥ من المجلة، فصل القضية: ص٨.

(٤) مباحث المرافعات: ص٣٠، ٣١.

٣- وفي دعوى العقد: الخصم هو المباشر له، أو من قام مقامه، كالوكيل والوارث والوصي[١].

٤- وفي دعوى الحقوق: كحق الحضانة والرضاع، هو كل شخص له شأن في الدعوى، وهو الذي ينازع المدعي في حقه، ويمنعه من التمتع به.

أما حقوق الارتفاق العقارية، فتعتبر دعاويها كدعاوى العين، من حيث إن المدعى عليه فيها هو من في يده العقار الذي تعلقت به[٢]. وذلك إذا كانت يده يد ملك، وإلا فالخصم هو المالك للعقار.

والواقع أن القاعدة العامة التي تقدم ذكرها في مقدمة هذا البحث تكفي في تحديد المدعى عليه في تلك الدعاوى وغيرها، وإن ما ذكرناه تفصيل وملامح أخرى تعرفنا على المدعى عليه في الدعاوى إن تعثرنا في تطبيق تلك القاعدة العامة على الوقائع الجزئية، ولعل هذه القاعدة العامة يسهل تطبيقها في تحديد الخصم في دعاوى النسب.

٥- ففي دعاوى النسب: إذا رفعت على شخص وكان هذا لو أقر بما ادعي عليه، رتب على إقراره حكم، صحت الدعوى، وكانت مقبولة لدى القاضي وإلا فلا، وفيما يلي نورد بعض الأمثلة لتوضيح ذلك:

- فمن رفع على شخص دعوى أبوة أو بنوة، فإن كان حياً صحت الدعوى، لأن في إقراره إلحاقاً للشخص بنسبه، وإن كان ميتاً، فترفع الدعوى على من يخلفه من الورثة، ثم ينظر: إن اقترنت دعواه بالمطالبة بحق آخر غير النسب، قبلت، لإن إقرار الورثة يفيده في كسب الحق الذي يطالب به، وذلك كمن يطالب بإلحاقه بنسب أبيه الميت ليرثه، وأما إذا لم تقترن دعواه بالمطالبة بحق آخر غير النسب، واقتصرت عليه لم تقبل، إذ لا يترتب والحال هذه أي حق على إقرار الورثة[٣].

---

(١) المرجع السابق.
(٢) مباحث المرافعات: ص٣٣.
(٣) الجامع الكبير: ص١٢٠، معين الحكام: ص٥٧.

-ومن رفع على شخص دعوى أخوة أو عمومة، فإن ادعى معها حقاً من الحقوق، كالإرث، صحت دعواه، لترتب حكم على إقرار هؤلاء على فرض حدوثه، وإلا فإن الشخص لا يصح أن يقر عن غيره، إذ ليس له أن يلحق أحداً بأبيه أو بجده، وهذا حق خاص بهم، فلا تصح الدعوى، لأنها رفعت على من لو أقر لم يترتب على إقراره حكم[1].

إن الشرطين اللذين تقدم تفصيلهما مطلوبان في كل من المدعي والمدعى عليه، ونذكر **فيما يلي شرطين اختص بهما المدعى عليه دون المدعي، وهما:**

الأول: أن يكون المدعى عليه معيناً معلوماً[2]،وهذا شرط منطقي، إذ لا سبيل إلى الوصول إلى الهدف من مشروعية الدعوى إلا به، لأنه لا يمكن في هذه الحال أن يفصل في النزاع، ولا إصدار حكم على مجهول، فلا تكون الدعوى مفيدة، وسيأتي في المطلب الثاني من هذا المبحث أن من شروط الدعوى أن تكون ملزمة شيئاً على الخصم وأن يترتب عليها حكم على فرض صحتها، وفي حالة جهالة المدعى عليه لا يتصور فيها إلزام ولا أية فائدة أخرى.

وعند أهل القانون يشترط ذلك أيضاً، ولا يجوز رفع الدعوى على مجهول، إلا في بعض الحالات الاستثنائية التي يتعذر فيها على المدعي تحديد من هو المدعى عليه، كما في حالة وفاة المدين، فقد يصعب على الدائن معرفة ورثته[3].

الثاني: حضور الخصم: قدمنا أن الدعوى لا تصح ولا تنتج حكمها إلا إذا وجهها المدعي إلى من يصلح أن يكون خصماً، وهو من يكون له شأن فيها، كما تقدم ذكر القواعد المتعددة التي يستعان بها لمعرفة من هو الخصم الذي توجه إليه الدعوى.

ويقتضي المنطق أن يكتفى بهذا الشرط من غير ما حاجة إلى اشتراط حضور الخصم في الدعوى، وذلك لأن الدعوى، ما دامت من التصرفات المرتبطة بإرادة المدعي، فليس من

---

(١) انظر: المرجعين السابقين.

(٢) انظر المنهاج وشرح المحلي وحاشية قليوبي: جـ٤ص١٦٣، حاشية الشرقاوي: جـ٢ص٣٨٢، ٥١٠.

(٣) الوجيز في أصول المحاكمات-رزق الله انطاكي: ص٢٧٩.

المنطق أن يشترط لصحة تصرفه أمر يتعلق تنفيذه بإرادة خصمه، بل إن المنطق الفقهي يقضي بأن يكون حضور الخصم أثراً من آثار الدعوى، لا شرطاً فيها، ولذلك نجد من الفقهاء من ذكره في حكم الدعوى[1]، متمشياً مع هذا المنطق.

وبالرغم من هذا فإننا نجد علماء الحنفية يشترطون لصحة الدعوى حضور المدعى عليه[2]، إلا في حالات استثنائية، وحتى في هذه الحالات قال بعضهم بضرورة تنصيب خصم مسخر عن الغائب ترفع في مواجهته الدعوى.

ومعنى هذا في المذهب الحنفي ضرورة حضور الخصم الذي وجهت إليه الدعوى، حتى لا تعتبر صحيحة بغير خصم حاضر، واستدلوا على ذلك بقول رسول الله ﷺ لعلي كرم الله وجهه لما أرسله إلى اليمن «إذا أتاك الخصمان فسمعت من أحدهما فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، فإنه أثبت لك»[3]، فقد نهاه ﷺ عن إصدار حكمه في القضايا بناء على ما يسمعه من أحد الخصمين: وأمره بالسماع من كليهما ولذلك قالوا بفساد الدعوى على الغائب إلا في حالات استثنائية ضرورية كما إذا توجهت الدعوى على الخصم واستتر[4].

فالأصل عندهم أن يأتي المدعي مع خصمه، فيقيم عليه الدعوى في مجلس القاضي، ولكن قد يقال: إن هذا الشرط يجعل صحة الدعوى مرتبطة بإرادة الخصم، إذ سيكون الباب مفتوحا أمامه دائماً لإبطال أية دعوى ترفع عليه، ولكنهم احتاطوا لذلك، وسدوا هذه الذريعة، فقالوا: ينظر إن كان المدعى عليه قريباً، بحيث لو حضر إلى مجلس القضاء يرجع إلى أهله في نفس اليوم، فيبيت عندهم، فإن القاضي يأمر بإحضاره بمجرد الدعوى، فإن لم يكن

---

(١) انظر: الأصول القضائية: ص٣٠.

(٢) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٣، الفواكه البدرية: ص٩٤، ٩٥، معين الحكام: ص٥٤، الأصول القضائية: ص١٤، ١٥.

(٣) جزء من حديث يذكر فيه علي بن أبي طالب قصة إرساله إلى اليمن، وما أوصاه به رسول الله ﷺ عندما يريد القضاء، وقد حسنه الترمذي وقواه ابن المديني، وصححه ابن حبان-انظر: الجامع الصحيح: جـ٣ص٦١٩، وسبل السلام: جـ٤ص١٦٤، وقد سبق تخريجه تخريجاً وافياً في التمهيد.

(٤) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٣، معين الحكام: ص٥٤، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٨-٣٨٠.

قريباً في المصر، بحيث لو حضر إلى مجلس القاضي لم يتمكن من المبيت عند أهله، لم يحضره القاضي بمجرد الدعوى، ولا بد من إقامة البينة، وقالوا: هذه البينة لإحضار المدّعى عليه، لا للقضاء عليه، وقال بعضهم: بل يحلف المدعي على صدق دعواه، لأن البينة تقام على الخصم، ولا خصم هنا، لأنه غائب[1]، فإن أقام البينة على «الرأي الأول»، أو حلف «على الرأي الثاني» أمر القاضي بإحضار المدعى عليه.

وأما إذا امتنع الخصم عن الحضور إلى مجلس القضاء، أو اختفى، فإن عرف مكانه أنذر، فإن لم يحضر فعند أبي يوسف: يوكل القاضي من يدافع عنه، ويقضي عليه بواسطة هذا الوكيل، وكذلك من اختفى و لم يعرف مكانه[2].

والواقع أن هذه الأحكام المقررة عند الحنفية[3] لا يمكن أن يفهم منها أنهم اشترطوا حضور الخصم من أجل صحة الدعوى في حد ذاتها، وإنما تدل على أنه شرط لصحة القضاء والنظر في الدعوى، والحق أن هذا هو ما يدل عليه الحديث المتقدم، فإنه لا يفهم منه بطلان الدعوى على خصم غائب عن مجلس القضاء، وإنما يدل على بطلان القضاء عليه، فالدعوى صحيحة في حد ذاتها من غير حضور الخصم، ولكن صحة النظر فيها والحكم في موضوعها متوقف على حضور المدعى عليه.

كما تدل أحكامهم السابقة على أنهم يعتبرون حضور المدعى عليه أثراً من آثار دعوى المدعي، يترتب عليها، وليس شرطاً من شروطها، وعلى هذا يكون جملة ما يفهم من تلك الأحكام أن حضور الخصم حكم للدعوى، وتنفيذ هذا الحكم بإحضار الخصم فعلاً شرط لصحة القضاء، وسوف نبحث بالتفصيل حضور الخصم كأثر للدعوى وكشرط للقضاء في الفصل الثاني من الباب الثاني إن شاء اللّه تعالى.

---

(١) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٩.
(٢) المرجع السابق.
(٣) سيأتي تفصيل هذه الأحكام في الفصل الثاني من الباب الثاني حين الكلام عن حضور الخصوم وغيابهم.

وأما المذاهب الأخرى فلم تشترط لصحة الدعوى حضور الخصم، وأجازوا سماعها في غيبة الخصم، وهم لا يلزمون المدعي إعادة دعواه في مجلس القضاء بعد حضور الخصم، وإنما يعتبر حضوره أثراً من آثار الدعوى، بحيث إذا ادعى المدعي واستوفى الشروط المطلوبة في الدعوى، احضر المدعى عليه جبراً إذا اقتضى الأمر، إلا إذا كان بعيد الغيبة، فقالوا بصحة القضاء عليه من غير حضوره أو إحضاره، وذلك بشروط سوف يأتي تفصيلها في الفصل الثاني من الباب الثاني[1].

وأما عند أهل القانون، فإنه لا مجال للقول باشتراط حضور المدعى عليه لأجل أن تعتبر الدعوى صحيحة، لأنها حق موجود قبل حصول المطالبة القضائية، وهذه استعمال لها فقط، ولكنهم اشترطوا ذلك في نظر الدعوى، وتمشياً مع المبدأ العام في ضرورة مواجهة الخصوم بعضهم بعضاً.

غير أن القانون اشترط لصحة المطالبة المتمثلة في رفع الدعوى أن تستتبع بإعلان المدعى عليه، بالطريقة التي عينها لذلك، وفي خلال مدة معينة بعد قيدها لدى قلم الكتاب، فإن لم يفعل ذلك خلال المدة المعينة، اعتبرت مطالبته كأن لم تكن، وإن قيد دعواه لدى قلم الكتاب.

---

(١) بعد أن تبين مما تقدم ان حضور المدعى عليه ليس شرطاً في صحة الدعوى، وان اعتباره كذلك خلط بين شروط الدعوى من جهة آثارها وشروط صحة القضاء من جهة أخرى، بعد ذلك يتضح أن موضع بحثه ينبغي أن يكون في آثار الدعوى، وهو ما فعلناه، حيث خصصنا فصلاً كاملاً من الباب الثاني لحضور الخصوم وغيابهم.

المطلب الثاني
شروط المدعى به

يشترط في المدعى به ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون في ذاته مصلحة مشروعة، والهدف من المطالبة به تحصيل مصلحة مشروعة وهذا سنسميه «شرط المصلحة المشروعة».

الثاني: أن يكون معلوماً، وهو ما سوف نطلق عليه «شرط المعلومية».

الثالث: أن يكون محتمل الثبوت عقلاً وعادة.

الشرط الأول: المصلحة المشروعة[١]:

قدمنا في تعريف الدعوى[٢] أنها قول مقبول يقصد به طلب حق عند القاضي أو حمايته، فالدعوى وسيلة شرعت لحماية الحقوق وثمارها، والحقوق -كما تقدم في التمهيد[٣]- اختصاصات اعترف بها الشارع، وأضفى عليها حمايته، والشارع إنما اعترف بمصالح الناس،

---

(١) هذا الشرط متفق على مضمونه عند جميع فقهاء الشريعة، وإن كانت هذه الصيغة المذكورة في المتن غير موجودة في كتبهم: فالحنفية يشترطون في الدعوى ان لا تكون عبثاً- انظر المجاني الزهرية على الفواكه البدرية: ص١٠٧ وقرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨١، والمالكية ذكروا صيغة لهذا الشرط قريبة مما هو مذكور في المتن، فقد اشترطوا أن تكون الدعوى ذات غرض صحيح ـ انظر: الفروق : جـ ٤ ص ٧٢، ومنح الجليل: جـ ٤ ص ١٧٠، والقول المرتضى: ق ١٧ب، والشافعية يشترطون في المدعى به أن يكون حقاً أو ما ينفع في الحق ، وأن يكون هذا الحق قد تعرض لإضرار الخصم ـ انظر الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٥٠٧و٥٠٨، والديباج المذهب في أحكام المذهب في آداب القضا: ق ٣٢أ . كذلك نجد بعضهم يصرح بأن الدعوى تسمع إذا كان للمدعي غرض فيها، حتى ولو لم يكن الحق للمدعى فيها يخص المدعي مباشرة ـ انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٥٣٧ طبع دار إحياء الكتب العربية، وفروع الحنابلة تدل على ذلك، كما سيأتي، وما تقدم ذكره من صيغ هذا الشرط عند المذاهب المختلفة متقارب في معناه ويمكن أن يدخل جميعه في تلك الصيغة التي ذكرناه في المتن ، وهو أن يكون الحق المدعى مصلحة في ذاته، والهدف من المطالبة به مصلحة مشروعة .

(٢) انظر ص٨١.

(٣) انظر ص٨٩.

وهي التي خصها بالحماية، وهذه المصالح هي كل ما يفيد في حفظ الأركان الخمسة: الدين والعقل والنفس والنسل والمال، فكل ما ينفع في حفظ هذه الأركان اعترف به الشارع الحكيم وحماه بتمكين صاحبه من اللجوء إلى القضاء لاسترداده أو دفع العدوان عنه[1]، وبناء عليه فإن الأصل في قبول الدعاوى أن يكون المدعى به مصلحة معتبرة في نظر الشارع تعرضت للعدوان بإحدى وسائله المعروفة بين البشر، **وهذا الشرط يقتضي ما يلي:**

١- أن يكون المدعى به مصلحة: وتعرف المصالح بمقدار ما تفيده لتلك الأركان الخمسة المذكورة، فما أضَرَّ بها أو بأحدها فضده مصلحة، وما نفع فيها فهو مصلحة. والمقصود عموم المصلحة: سواء أكانت مادية، كجميع الحقوق المالية، أم أدبية، وهي ما يتعلق بكرامة الإنسان ومعنوياته.

٢- أن تكون هذه المصلحة محمية من قبل الشارع، وذلك بأن يكون قد رتب جزاء مؤيداً لها، هذا والمصلحة التي لم يتناولها النص الشرعي بالاعتبار أو بالإلغاء هي مصلحة محمية كما هو مقرر في علم الأصول عند كثير من علمائه، وهي ما يسمى بالمصلحة المرسلة.

ونشير هنا إلى أن بعض المصالح التي يحميها الشارع في الأصل قد يتخلى عن حمايتها إذا أدت هذه الحماية وما تعطيه من حقوق إلى مفسدة أعظم منها، وهذا هو الأساس الذي بنيت عليه نظرية «التعسف في استعمال الحق» في الفقه الإسلامي، ولهذا نجد كثيراً من الفقهاء يشترطون في الدعوى أن يترتب عليها نفع معتبر شرعاً، فقالوا: «معتبر» ليستبعدوا صحة دعوى الأشياء الحقيرة كعشر سمسمة أو حبة شعير أو قمح ونحو ذلك[2]، لأن هذه الأشياء، وإن كانت حقاً لصاحبها، إلا أن المطالبة بها أمام القضاء يجلب من المفسدة أكثر مما تجلب هي من المصلحة لصاحبها، فإنها في ذاتها تهون أمام تكاليف إحضار المطلوب وهو المدعى

---

(١) انظر: كتاب الموافقات للشاطبي في الجزء الثاني -القسم الأول من كتاب المقاصد وهو في بيان قصد الشارع في وضع الشريعة، وكذلك انظر ص٢٦٨ وما بعدها من الجزء المذكور- طبع المطبعة السلفية سنة ١٣٤١هـ.

(٢) تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٧، العقد المنظم للحكام: جـ٢ص١٩٨، منح الجليل: جـ٤ص١٧٠.

عليه، ونصب قاض للنظر فيها، وتضييع وقت القضاء في ذلك، ولذلك قال معظم الفقهاء برد هذه الدعوى وأمثالها، اللهم إلا فقهاء الحنابلة، أجازوها تمشياً مع القاعدة الأساسية في حفظ جميع الحقوق، فكل حق يجوز المطالبة به عندهم، مهما كان تافهاً، ولكنهم حاولوا التخفيف مما قد يترتب على ذلك من مفسدة، فاشترطوا في هذه الحالة أن يأتي المدعي مع خصمه، فإن لم يكن معه، لم يجبه القاضي، و لم يطلب إحضاره[1].

٣- أن يترتب للمدعي نفع معتبر من وراء مطالبته بالمصلحة التي اعترف له الشارع بها وحماها، وذلك لا يكون إلا إذا تعرضت تلك المصلحة لاعتداء، فيكون لصاحبها مصلحة وغرض في رد ذلك العدوان عنها، وهو معنى قول بعض الفقهاء، يشترط أن تكون الدعوى ذات غرض صحيح وقالوا: إن ذلك لا يتحقق إلا إذا كان المدعى فيه مما ينتفع به المدعي لو أقر به خصمه[2]، لأنه إن لم ينتفع كانت مطالبته عبثاً، فتكون باطلة، لأنه لا يصح إشغال مرفق عام من مرافق الأمة، وهو القضاء، فيما لا يعود على أحد بأية منفعة معتبرة.

وبناء على هذا الشرط بمقتضياته الثلاثة السابقة ترفض الدعوى ولا تكون مقبولة في الحالات التالية:

أ- إذا لم يكن المدعى به مصلحة، أو كان مصلحة ولكنها غير معتبرة شرعاً، وذلك كمن تدعي زوجية شخص مات و لم تطلب في دعواها حقاً آخر من إرث أو صداق مؤخر أو غير ذلك، أو كمن يطلب إلحاقه بنسب شخص مات ولا يطلب حقاً آخر من إرث ونحوه، أو كمن يطلب في دعواه حبة قمح أو شعير.

ب- إذا وجدت المصلحة في الدعوى، ولكنها لا تخص المدعي، وإنما تعود إلى غيره، فإن

---

(١) منتهى الارادات: القسم الثاني: ص٥٩١، الفروع: جـ٣ص٨٠٨، كشف المخدرات: ص٥١٠، الروض الندي شرح كافي المبتدي: ص٥١٣، غاية المنتهى، جـ٣ص٤٤٧، كشاف القناع جـ٤ص١٩٤.
(٢) الفروق: جـ٤ص٧٢، تبصرة الحكام :جـ١ص١٢٦، ١٢٧، تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٧، القول المرتضى: ق١٧ب، الطريقة المرضية: ص١٤، منح الجليل: جـ٤ص١٧٠.

لم يكن نائباً عنه رفضت دعواه، إذ لا مصلحة خاصة بالمدعي يحققها من وراء دعواه[1].

جـ- أن يكون المدعى به مصلحة تخص المدعي، ولكن الشارع أضاف حمايته لها إلى زمن مستقبل بالنسبة للزمن الذي رفعت فيه الدعوى، وذلك كما في دعوى الدين المؤجل، ففيه للمدعي مصلحة، ولكن الشارع لم يحمها له في الوقت الذي يطالب فيه، وإنما في وقت آخر لاحق له، فهو في الواقع يطالب الآن بمصلحة غير محمية، فتكون دعواه غير صحيحة ولا مقبولة، وإلا هذا ذهب كثير من الفقهاء، فاشترطوا في الحق المدعى أن يكون حالاً وقت المطالبة به أمام القاضي[2]، ولا يعارض هذا أن بعض الفقهاء أجازوا رفع الدعوى من اجل تسجيل البينة خوفاً من ضياعها إذا انتظر المدعي إلى وقت حلول الحق[3]، لأنهم لا يجيزونها في هذه الحالة من أجل تنفيذ الالتزام، أي وفاء الحق. وسيأتي تفصيل ذلك قريباً عند الكلام عن دعوى الدين المؤجل.

د- أن يكون المدعى به مصلحة تخص المدعي، ولكن الشارع ربط حمايته لها بإرادة المدعى عليه، وذلك كمن يرفع دعوى على غيره يطالبه فيها بالتصدق عليه، لأنه فقير وخصمه غني، أو يطلب منه إقراضه ماله أو إعارته عيناً من أعيانه، ونحو ذلك، فإنه وإن طلب في دعواه منفعة مباشرة لنفسه، إلا أن مصلحته الكائنة في الصدقة أو القرض أو الإعارة لم يقرر الشارع حمايتها بالقوة، وإنما ربط تحقيقها بإرادة المدعى عليهم، وإن كان رتب عليها ثواباً في الآخرة، وجعلها من محاسن الأخلاق.

ومثل ذلك من يدعي على غيره عقد هبة لم تقبض[4]، أو عقد وكالة غير مأجورة لأن

---

(١) عماد الرضا ببيان أدب القضا: ق١١أ.

(٢) تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٧، ١٣٨، شرح المحلي على المنهاج: جـ٤ص٣٣٧، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٣٠٢، عماد الرضا ببيان أدب القضا: ق٢أ. كشاف القناع: جـ٤ص٢٠٣.

(٣) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي للغزالي: جـ٢ ص٢٦٢، أدب القضاء-ابن أبي الدم:ق٢٦أ، أدب القضاء- الغزي: ق٣ب، غاية المنتهى جـ٣ص٤٤٨.

(٤) وهذا عند من يشترط وقوع القبض في لزوم عقد الهبة.

هذه العقود غير ملزمة[1]، والشارع تخلى عن حماية مصلحة المدعي فيها، وربط تحقيقها بإرادة المدعى عليه.

هـ- أن يكون المدعى به مصلحة، ولكنها متولدة من مفسدة، وذلك كما في دعوى ثمن شيء محرم، أو غير ذلك مما يكون سببه محرماً، لأن المصلحة المطلوبة بالدعوى ورد بإلغائها نص شرعي، فهي مصلحة غير مشروعة، وهذا ما حدا ببعض الفقهاء إلى اشتراط بيان سبب الاستحقاق في الدعوى[2]، لمعرفة ما إذا كانت المصلحة المطلوبة مشروعة أم لا.

و- أن يكون المدعى به مصلحة مشروعة، ولكن المطالبة بها أمام القضاء لا تحصل جديداً، وإنما تعتبر من قبيل تحصيل الحاصل، وذلك حينما لا ترجد أية خصومة يستند إليها المدعي في دعواه، لأنه لم يحصل أي عدوان على حقه ومصلحته المشروعة، فترفض هذه الدعوى: إما لعدم وجود الخصم فيها[3]، وهو شرط في صحة الدعوى كما تقدم في المطلب السابق[4]، وإما لعدم وجود منفعة جديدة، تحققها الدعوى برفعها، وذلك كمن يرفع دعوى أمام القضاء يطلب فيها الحكم له بالدار التي يسكنها من غير أن يكون له أي منازع في حقه.

ففي جميع هذه الحالات تكون الدعوى باطلة، لأنها غير مفيدة فائدة يقرها الشارع ويحميها، فلا يجوز اشتغال القضاء المخصص للعدل وتحصيل الحقوق بالعبث كما ليس له أن يحكم بالمحرم أو بما ألغى الشارع اعتباره.

فإن كانت الدعوى مفيدة، وتعود على المدعي بمصلحة مشروعة، صحت، ووجب نظرها إذا استوفت الشروط الأخرى، غير أن بعض الفقهاء استثنوا من ذلك الحالات التي يكون في قبول دعوى المدعي فيها، إهدار لمصلحة عامة، وذلك كما لو رفع شخص دعوى

---

(١) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨١، أدب القضاء- الغزي- ق٣ب، الفروع: جـ٣ص٨١٠، شرائع الإسلام: جـ٢ص٢٢٢.

(٢) انظر: تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٠، ١٣١، العقد المنظم للحكام: جـ٢ص١٩٨، منح الجليل: جـ٤ص١٧٠.

(٣) الأصول القضائية: ص١٠.

(٤) انظر ص٢٨٥.

على القاضي يتهمه فيها بالظلم في حكمه عليه في دعوى سابقة، فإنه لو اقر القاضي بذلك لعاد إقراره بمنفعة مشروعة على المدعي، وكذلك لو ادعى الزور على الشهود وطلب منهم اليمين من غير أن يكون معه بينة على ما يدعيه، فلا تقبل دعواه ولا يطلب منهم اليمين. وإنما رفضوا أمثال ذلك من الدعاوى بالرغم من تحقق المصلحة للمدعي، لأنها لو قبلت لامتنع القضاة عن القيام بأعمالهم، وكذلك لعزف الشهود عن الأداء بشهاداتهم، فيتعطل مرفق عظيم من مرافق الأمة، ويهدم مكرمة عظيمة دعا إليها الشارع، فرفضت لتغلب ما فيها من المفسدة على ما تجلبه من المصلحة[1].

شروط الإلزام في الدعوى:

يذكر الفقهاء من شروط الدعوى أن تكون فيما يلزم شيئاً على المدعى عليه على فرض ثبوت الدعوى[2]، ولذلك لا تصح الدعوى بما يكون المدعى عليه مخيراً فيه بين إقراره وإبطاله: فلا تصح دعوى الهبة غير المقبوضة، لأنها على فرض ثبوتها ببينة أو بإقرار المدعى عليه لا تفيد المدعي، لأن الباب مفتوح للخصم في الإفلات من نتائج الدعوى، وذلك بالرجوع عن هبته[3].

وكذلك الوكالة التي لا يأخذ الوكيل عليها أجراً، لأن عقد الوكالة غير ملزم لأي من طرفيه، ولذلك فإن الدعوى المرفوعة من أحدهما على الآخر تعتبر غير صحيحة، لأنها لا

---

(١) انظر: القول المرتضى: ق١٨أ.

(٢) تنوير الأبصار مع قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨١، الهداية وتكملة فتح القدير: جـ٦ص١٣٧، الفتاوي الهندية: جـ٤ص٢، مواهب الجليل: جـ٦ص١٢٥، تبصرة الحكام: جـ١ص١٢٦، الطريقة المرضية: ص١٤، الوجيز للغزالي: جـ٢ص٢٦١، تحفة المحتاج، جـ١٠ص٢٩٦، ٣٠٢، أدب القضاء- الغزي: ق٣ب، حاشية الباجوري: جـ٢ص٢٥٩، حاشية قليوبي: جـ٤ص١٦٣، الفروع: جـ٣ص٨١٠، شرائع الإسلام: جـ٢ص٢٢٢.

(٣) لا يصدق ذلك بالنسبة للهبة إلا عند الذين يقولون بعدم لزوم عقد الهبة قبل القبض، وهم الحنفية والشافعية والمالكية في قول شاذ، وإلا فدعواها قبل القبض مقبولة عند من يقول بلزومها بالقول قبل القبض، وهو المعتمد عند المالكية-انظر: مواهب الجليل: جـ٦ص١٢٥، اعانة الطالبين: جـ٤ص٢٤١.

تفيد صاحبها على فرض إقرار خصمه أو ثبوتها بالبينة[1].

وكذلك دعوى الوعد، ترد[2]، لأنها لا يترتب على فرض ثبوتها إلزام أي شيء على المدعى عليه، لأن الوعد -وإن كان الوفاء به مطلوباً ديانة- غير ملزم قضاء.

وكذلك لا تقبل دعوى الوصية في الحالات التي يكون فيها للموصي الحق في الرجوع عن وصيته[3].

والحق أن هذا الشرط ليس إلا نتيجة منطقية لما تقدم ذكره من شرط المصلحة، لأن المدعى به إن لم يكن لازما على فرض ثبوت الدعوى لم تكن مفيدة أية فائدة للمدعي، فترد لعدم تحقق المصلحة فيها.

الدعوى بالدين المؤجل:

وقد اعتاد الفقهاء أن يبحثوا تحت شرط الإلزام الدعوى بالدين المؤجل وقد تقدم إشارة إليها[4]، وفيما يلي تفصيل أقوالهم في هذه المسألة:

أولاً: ذهب المالكية، والشافعية في الراجح عندهم، والحنابلة في أحد قولين إلى عدم صحة هذه الدعوى[5]، وفي هذا يقول ابن فرحون (لا ينبغي للقاضي أن يقبل من أحد بينة إلا على أمر يدافع عنه، أو يخاصم فيه، أو يطلب أخذه، يوم تقوم بينته، قال ابن حبيب:

---

(١) تكملة فتح القدير: جـ٦ص١٣٧، الفتاوي الهندية: جـ٤ص٢، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨١، المجاني الزهرية: ص١٠٧.

(٢) تبصرة الحكام: جـ١ص١٢٧.

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر ص٣٠٦.

(٥) تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٧، ١٣٨، شرح المحلي على المنهاج: جـ٤ص٣٣٧، تحفة المحتاج، جـ١٠ص٣٠٢، عماد الرضا ببيان أدب القضاء: ق٢أ، ترشيح المستفيدين: ص٤٠٨، غاية المنتهى جـ٣ص٤٤٨، الروض الندي شرح كافي المبتدي: ص٥١٢، كشاف القناع: جـ٤ص٢٠٣.

وهذا أحب إلي، وبه أقول)[1].

وذلك لأن الدين المؤجل غير لازم في الحال، فدعواه طلب لما ليس بلازم وقت البينة، فينقصها الإلزام بالنسبة للخصم، فلا تكون مفيدة قبل حلول الأجل، فلا تكون مقبولة[2].

هذا هو الأصل عند هؤلاء في دعوى الدين المؤجل، واستثنى الشافعية منه بعض الحالات فقبلوها فيها، **وهي**:

الحالة الأولى: أن يكون الدين المطلوب بالدعوى قد حل بعضه، فيصح الدعوى به جميعاً، على أن يراعى الأجل بالنسبة للجزء الذي لم يحل بعد، فهذه الدعوى صحيحة عند الشافعية[3]، وذلك لضرورة فرض الحماية الشرعية على الجزء الذي حل من الدين، لاستكماله جميع الشروط المقتضية لهذه الحماية، وبالتالي لطلب هذه الحماية، ولما لم يمكن تجزئة الدين لأن سببه واحد، فقد سمعت الدعوى بحق الجزء المؤجل من الدين تبعاً.

غير انه اشتبه في هذا ما لو كان الجزء الحال تافهاً بالنسبة للجزء المؤجل[4]، وذلك كما لو كان الجزء الحال من الدين البالغ «مائة جنيه» قرشاً واحداً، فهل تقبل دعواه عندئذ؟

ولعل الأرجح رفض مثل هذه تمشياً مع الأصل في منع التعسف في استعمال الحقوق، وقد تقدم[5] رفض كثير من الفقهاء لدعوى التافه من الحقوق، وهنا الجزء الذي تصح الدعوى به أصلاً تافه، فينبغي أن لا تقبل، وأما الجزء المهم من الدين فالأصل عند أهل هذا الرأي عدم جواز الدعوى في حقه.

---

(١) تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٧.

(٢) ترشيح المستفيدين: ص٤٠٨، كشاف القناع، جـ٦ص٢٧٧، مطبعة أنصار السنة المحمدية سنة ١٩٤٨م.

(٣) انظر: الحاوي: جـ١٣ق٤٤أ، أدب القضاء-ابن أبي الدم: ق٢٦أ، أدب القضاء-الغزي ق٣ب، حاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٧.

(٤) أدب القضاء-ابن أبي الدم: ق٢٦أ.

(٥) انظر ص ٣٠٤.

الحالة الثانية: إذا كان الدين المؤجل وجب بعقد، ثم قصد المدعي بدعواه تصحيح العقد الذي وجب به الدين، فإنها تصح، وذلك كالمسلم فيه المؤجل، فإنه دين مؤجل، ولكن تصح دعوى هذا الدين، لا لأجل تسليم المدعى به، ولكن لأجل تصحيح العقد الذي وجب به هذا الدين، وهو عقد السلم[1].

ذكر هذا الاستثناء القاضي ابن أبي الدم[2] نقلاً عن الماوردي، ولكنه بعد أن حسنه ذهب إلى أنه يؤدي إلى القول بصحة دعوى الدين المؤجل في معظم الأحوال، لأن الدين لا يثبت -غالباً- مؤجلاً في الذمم إلا ببيع أو إجارة أو سلم أو نكاح، وهذه كما يرى عقود، فيجوز بناء على ذلك رفع دعوى الدين المؤجل لتصحيح هذه العقود، أما قيم المتلفات فلا تجب إلا حالة، ولا يبقى سبباً للدين المؤجل غير تلك إلا دية القتل الخطأ، حيث لا تثبت على العاقلة إلا مؤجلة[3]، وحتى هذه فقد ذهبوا إلى جواز دعواها إذا قصد بها إثبات القتل[4]، ثم ذهب ابن أبي الدم إلى أنه إن صح ما ذكره الماوردي قولاً واحداً، فإن الخلاف في الدعوى بالدين المؤجل يكون مرتفعاً، أي أنه لا يكون هناك خلاف في جواز رفع دعوى الدين المؤجل من أجل إثبات سببه أو تصحيح هذا السبب[5].

وقد أجاب الغزي[6] على ملاحظة ابن أبي الدم السابقة فقال: (ويمكن أن يقال: مراد الماوردي أن العقد إذا كان مختلفاً فيه، وقصد بالدعوى الحكم بصحته، سمعت، وهذا جار في كل دعوى عقد، بخلاف ما إذا لم يكن العقد كذلك، وقصد إثبات الدين، فإنه موضع

(١) ادب القضاء-ابن أبي الدم: ق٢٦أ، أدب القضاء- الغزي: ق٣ب، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٣٠٢.
(٢) هو القاضي أبو اسحق إبراهيم بن عبدالله بن عبدالمنعم بن علي بن محمّد بن فاتك بن زيد بن أبي الدم، ولد بحماة سنة ٥٨٣هـ، دخل بغداد وأخذ منها علماً وحدث بحلب والقاهرة، وله «شرح الوسيط» وكتاب «أدب القضاء» وكتاب في التاريخ، توفي سنة ٦٤٢هـ- طبقات الشافعية الكبرى: جـ٥ص٤٧.
(٣) ادب القضاء-ابن أبي الدم: ق٢٦أ.
(٤) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٣٠٢.
(٥) ادب القضاء-ابن أبي الدم: ق٢٦أ.
(٦) هو عيسى بن عثمان بن عيسى الغزي الشيخ شرف الدين، ولد قبل ٧٤٠هـ، لازم تاج الدين السبكي، شرح المنهاج شرحاً كبيراً وشرحاً صغيراً ومتوسطاً، وعمل كتاب آداب القضاء، مات سنة ٧٩٩هـ - الدرر الكامنة: جـ٣ص٢٨٣،٢٨٤.

الخلاف)[1].

الحالة الثالثة: وهي ما لو ادعى الدائن على مدينه المعسر، وقصد بدعواه إثبات دينه ليطالب به غريمه إذا أيسر، فقد ذهب الماوردي إلى سماعها وتبعه الغزي في ذلك، وذهب آخرون إلى خلاف ذلك، واحتج من أجازها بأن القصد منها هو إثبات دين مستحق في الحال بتقدير يسار المدين، وهذا قريب عادة[2].

ثانياً: وذهب الحنفية والشافعية في قول، والحنابلة في قول، إلى جواز الدعوى بالدين المؤجل إذا قصد بها حفظ البينات من الضياع، وقد جعلوا سماعها من قبيل الاستحسان، لأن القياس عدم صحة الدعوى بحق غير لازم في الحال، ووجه الاستحسان حاجة الناس إلى حفظ حقوقهم المؤجلة، احتياطاً لما قد تؤول إليه البينات من الفقدان[3].

ولكن يجدر بالذكر أن هؤلاء لم يجوزوا سماع الدعوى بالدين المؤجل من أجل تنفيذ الالتزام في الحال، ولا من أجل تنفيذه في وقت حلوله، وإنما أجازوه لغرض حفظ بينة المدعي من الضياع، بتسجيلها لدى القضاء، لا سيما عند طول الآجال، أو إذا خشي المدعي سفر الشهود أو غياب المدين مدة تزيد عن الأجل المضروب[4]، فإذا حصل نزاع حول الدين عند

---

(١) أدب القضاء -الغزي: ق٣ب.

(٢) ادب القضاء- الغزي: ق٣ب، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٣٠٢،٣٠٣، عماد الرضا ببيان أدب القضاء: ق٢ب.

(٣) الفتاوي الهندية: جـ٤ص٩٩، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي: جـ٢ص٢٦٢، أدب القضاء – الغزي: ق٣ب،أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٢٦أ، النكت والفوائد السنية: جـ٢ص٢٣٨، غاية المنتهى: جـ٣ص٤٤٨، نيل المآرب: جـ٢ص١٤٣، وجاء في لسان الحكام لابن الشحنة (لو قال رب الدين: مديوني يريد السفر، له التكفيل، وإن كان الدين مؤجلاً) ونقل عن البزازية ما نصه (قالت: زوجي يريد أن يغيب فخذ بالنفقة كفيلاً، لا يجيبها الحاكم إلى ذلك، لأنها لم تجب بعد عليه) ثم قال (واستحسن الإمام رحمه الله أخذ الكفيل رفقاً بها، وعليه الفتوى) ثم نقل عن المحيط ما نصه (لو افتى بقول الإمام الثاني في سائر الديون بأخذ الكفيل كان حسناً، رفقاً بالناس). انظر: لسان الحكام: ص ١٧، فإذا كان الحنفية يقولون بجواز طلب توثيق الدين المؤجل فيلزم من ذلك قولهم بجواز إثباته قبل حلوله، لأن القاضي لا يحكم بالتوثيق إلا بعد ثبوت الدين.

(٤) الفتاوى الهندية: جـ٤ص٩٩ النكت والفوائد السنية: جـ٢ص٢٣٨.

حلول أجله كانت الحجة الشرعية جاهزة لدى القضاء يقضي بها بشرط حصول المطالبة بالدين من قبل صاحبه الدائن.

هذا ومع أن هؤلاء أجازوا مثل هذه الدعوى بخصوص حفظ البينة، وهي شهادة الشهود، من الضياع، إلا أنه يمكن أن يقاس عليها مختلف الحجج الشرعية من إقرار وغيره، لحصول القصد بحفظها أيضاً، وهو حفظ الحق المؤجل بحفظ أدلته من الضياع.

والحق أن هذه الجماعة أقرب في نظرتها إلى الواقع والمصلحة من أصحاب الرأي الأول، لأن سد طريق الشر خير من الوقوع فيه، ثم محاولة رفعه والتخلص منه، فربما كان في سماع هذه الدعوى من أجل حفظ الأدلة والبينات قطع الطريق على من تحدثه نفسه باللدد في الخصام، وتوفير وقت وجهد على القضاء كان سيضيعه في البحث والتحقيق لو لم تحفظ البينات.

شرط المصلحة في قانون المرافعات:

هذا الشرط دون غيره من الشروط خصته بالذكر قوانين المرافعات في كثير من البلاد العربية[1]، ولعل هذا مظهر من مظاهر تأثر هذه القوانين باجتهاد كثير من الشراح في هذا الخصوص، حيث جعلوا المصلحة هي الشرط الرئيسي لصحة الدعوى، بل جعله بعضهم الشرط الوحيد لها[2] ووضعت هذه القوانين أوصافاً للمصلحة في صحة الدعوى، بدونها لا يكون هذا الشرط متحققاً[3]، **وهذه هي:**

١- أن تكون هذه المصلحة المطلوبة بالدعوى قائمة، بمعنى أنها ليست محتملة وإنما محققة.

---

(١) م٤ من قانون المرافعات المصري القديم + م٣ من القانون الجديد، م١١ من قانون أصول المحاكمات السوري، م٢ من قانون المرافعات العراقي، م٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي.

(٢) نظرية المصلحة في الدعوى: ص٤٢، وانظر شرح قانون الاجراءات المدنية-عبدالباسط جميعي: ص٢٢٣، ٢٢٤.

(٣) انظر المواد القانونية السابقة.

٢- أن تكون هذه المصلحة قانونية بحيث تستند إلى حق مقرر لرافعها المدعي.

٣- أن تكون هذه المصلحة حالّة بمعنى أنها غير مؤجلة.

٤- أن تكون شخصية ومباشرة، ومعنى كونها شخصية: أنها خاصة برافع الدعوى وحده، ومعنى كونها مباشرة: أنها تخصه بشكل مباشر لا بصورة غير مباشرة، بأن لا يكون مقصوداً بتلك المصلحة.

وقد تناول شراح قانون المرافعات شرح هذا الشرط والأوصاف المطلوبة في المصلحة المشروطة في الدعوى، وأول ما تناولوه تفسير المصلحة التي اشترطها القانون، وفيما يلي تفصيل ذلك:

معنى المصلحة:

لم يتفق شراح القانون في تفسير المصلحة التي اشترطها القانون لقبول الدعوى، وفيما يلي ما قيل في شرح المقصود بها:

أولاً: وهو رأي جمهور شراح القانون:[1]

فذهبوا إلى أن المقصود بالمصلحة الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلبه، أو كما قال بعض هؤلاء (**هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء**)[2].

وقيل «فائدة» لاستبعاد ما يرفع من الدعاوى التي لا تعود على المدعي بفائدة لو حكم له بطلبه، ومبنى ذلك تنزيه ساحات القضاء عن الانشغال بما لا فائدة منه.

(١) الوسيط -رمزي سيف: ص١٠٠ أصول المرافعات -أحمد مسلم: ص٣١٤، المرافعات المدنية لأبي الوفا: ص١٠٠.

(٢) أصول المرافعات-أحمد مسلم:ص٣١٤، وقريباً من ذلك شرح قانون الاجراءات المدنية: ص٢٢٥.

وقيل «عملية» لإخراج الدعاوى التي ترفع ليستفيد منها رافعها نظرياً، وذلك كأن يزيد في معلوماته، أو يحصل على فتوى يعتمد عليها، ومبنى ذلك أن القضاء إنما أنشئ لفض المنازعات التي تنشب بين أفراد المجتمع، وليس من أهدافه تثقيف الناس وتعليمهم.

وقيل أيضاً «مشروعة» لاستبعاد الدعاوى التي وإن كانت تعود على صاحبها بالفائدة العملية، ولكنها فائدة حرمها القانون، أو حرم سببها.

وهذا التفسير للمصلحة المشروطة قانوناً لقبول الدعوى يجعل هذا الشرط قريباً في معناه من الشرط الذي ذكره المالكية في هذا الصدد، حيث قالوا: (يشترط في الدعوى أن تكون فيما لو أقر به المطلوب لانتفع به الطالب)[1]، ولكن قول المالكية هذا يقتضي وجوب كون المدعى به ذاته مصلحة مشروعة، أي يقرها الشارع ويحميها، لأن الشيء المطلوب الحكم به إن كان محرماً أو كان ثمرة لسبب محرم لم يترتب على إقرار المدعى عليه به أية منفعة للمدعي، بينما يرى أصحاب هذا الرأي من أهل القانون أن شرط المصلحة لا يقتضي أن تكون الدعوى مستندة إلى حق، أي مصلحة يقرها القانون، ولذلك رأوا أنه لا ينبغي على القاضي -وهو بصدد معرفة تحقق شرط المصلحة- أن يبحث في وجود حق تستند إليه الدعوى، أو عدم ذلك[2].

وقالوا أيضاً: إن المصلحة كشرط من شروط القبول الدعوي تنطوي على معنى أضيق من معنى الحق ذاته، فليس بلازم أن يثبت الحق للمدعي حتى تقبل دعواه، بل يكفي أن تكون له شبهة حق، أو مصلحة، حتى يكون طلبه جديراً بأن يمحصه القاضي[3].

وقالوا أيضاً: إن توافر الحق أو ثبوته لا يكفي لقبول الدعوى حيث تنعدم المصلحة، ومن الأمثلة على ذلك: حالة الدائن المرتهن الذي تكون مرتبة رهنه متأخرة جداً، بحيث لا يصيبه

---

(١) الفروق: جـ٤ص٧٢، تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٧، منح الجليل: جـ٤ص١٧٠.
(٢) الوجيز في المرافعات المدنية -عبدالمنعم الشرقاوي: ص٢٦، شرح قانون الاجراءات المدنية-عبدالباسط جميعي: ص٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧.
(٣) شرح قانون الاجراءات المدنية -عبدالباسط جميعي: ص٢٢٦، ٢٢٧.

شيء عند توزيع ثمن العقار، فمثل هذا الدائن لا يقبل منه طلب المناقضة في توزيع ثمن العقار إذا لم يكن من شأنها أن يناله من ذلك التوزيع شيء. ومن ذلك أيضاً أن يهب شخص لآخر عقاراً بعقد باطل، كأن يكون عرفياً، ففي هذه الحالة لا تقبل الدعوى من الموهوب له بطلب بطلان ذلك العقد، مع أن لكل من طرفي العقد الباطل الحق في طلب الحكم ببطلانه ويرجع ذلك إلى أن الموهوب له لا يخسر شيئاً مع بقاء ذلك العقد الباطل، ولا تعود عليه فائدة من تقرير بطلانه[1].

ثانياً: وذهب بعض علماء المرافعات إلى أن المصلحة في الدعوى بشروطها المتفق عليها ليست إلا شرط استناد الدعوى إلى حق مستحق الأداء[2]، وفي ذلك يقول الدكتور أحمد أبو الوفا: (والواقع أننا إذا سلمنا بأنه يشترط لقبول الدعوى أن تستند إلى حق مستحق الأداء نكون قد استغنينا عن شرط المصلحة بأوصافها التي اعتاد الشراح ترديدها، فوجود الحق في رفع الدعوى يعد مرادفاً للمصلحة القانونية، وكون الحق مستحق الأداء هو المصلحة القائمة الحالة)[3].

الرأي المختار في معنى المصلحة:

ونرى أن معرفة الصواب في هذه المسألة يقتضينا التفصيل بين موقفين:

١- فإن قصد بالدعوى-كما رآها جمهور علماء المرافعات- سلطة الالتجاء إلى القضاء من أجل حماية الحق أو استرداده، وأنها حق من حقوق الإنسان، فهي عندئذ ملازمة للحق الذي تحميه، وفي هذه الحالة لا نجد ضرورة في اشتراط المصلحة من اجل صحتها، لأنها عندئذ حق من حقوق الإنسان، والإنسان يستفيد دائماً من حقه، أما المطالبة القضائية فلا تدخل في هذا المفهوم للدعوى، ولذلك فإن اشتراط المصلحة للدعوى بهذا المفهوم حشر

---

(١) المرجع السابق.
(٢) أصول المحاكمات الحقوقية-فارس الخوري: ص١٢٩، نظريةالدفوع-ابو الوفا: ص٧٩٣.
(٣) نظرية الدفوع-ابو الوفا: ص٧٩٣.

لمفهوم المطالبة القضائية في مفهوم الدعوى، وهذا يؤدي إلى اضطراب المفاهيم وعدم وضوحها.

غير أنه يمكننا القول بأنه لا يبتعد عن الحق من اشترط لوجود هذه الدعوى أن يوجد حق موضوعي يسندها، ونقصد في هذه الحالة وجود حق في الواقع ونفس الأمر، ولا يكفي الظاهر المستقى من الادعاءات.

٢- أما إذا قصد بالدعوى المطالبة بالحق أمام القضاء[1]، فنرى في هذه الحالة أن الحق يكمن في مجموع ما ذهب إليه الفريقان المذكوران، **وذلك أن شرط المصلحة يقتضي تحقق شرطين متفرعين عنه هما:**

الأول: أن تستند الدعوى (بمعنى المطالبة القضائية) إلى حق، بمعنى أن يكون المدعى به حقاً من الحقوق أو من مقتضياته، وفي هذه الحالة نقصد بالحق ما يكون كذلك في ظاهر الأمر، لا في الواقع ونفس الأمر، أي أن الأوصاف التي أوردها المدعي للمصلحة التي يدعيها تشكل حقاً من الحقوق على فرض صحة كلامه.

الثاني: أن تكون الدعوى (بمعنى المطالبة لدى القضاء أيضاً) جدية، وذلك لا يكون إلا إذا حصل نزاع حول ذلك الحق المدعى به، أو احتمل حصوله إذا كان هذا الاحتمال مبنياً على أسس جدية.

وليس أدل على هذا النظر من الأمثلة التي ذكروها، **وأوصاف المصلحة التي اشترطوها،**

---

(١) والواقع أن معظم الشراح الذين بحصوا شرط المصلحة في الدعوى يدل كلامهم على أن المقصود بالدعوى في مقام هذا الاشتراط هو المطالبة القضائية، وهو خلاف ما ذهبوا إليه في تحديد طبيعة الدعوى، حيث قالوا: إنها الحق في المطالبة، وليست المطالبة ذاتها، وهذه استعمال لذلك الحق فقط. والواقع أن هذا هو رأيهم في جميع ما اشترطوه في صحة الدعوى وقبولها، كالأهلية والصفة وغير ذلك، فإن هذه شروط في المطالبة القضائية، لا في الدعوى (كما حددوا طبيعتها)، ولن يخرجهم من هذا الاضطراب إلا تغيير مفهوم للدعوى، وذلك باعتبارها المطالبة بالحق أمام القضاء، وهو ما برهنا على صحته في الفصل الثاني من التمهيد.

وبيان ذلك فيما يلي:

أ- أن اشتراطهم المشروعية في المصلحة هو بعينه شرط استناد الدعوى إلى حق مقرر ولو في ظاهر الأمر المستفاد من كلام المدعي، وإلا فكيف يفسرون رفض الدعوى بما هو محرم قانوناً؟ لنفرض مثلاً أن شخصاً يطلب من المحكمة الحكم له بمبلغ من المال كان قد ربحه في القمار من المدعى عليه، ففي هذا المثل: المدعي يطلب لنفسه مبلغاً من النقود، ولا يشك في أنه يطلب مصلحة، فإذا اعتبرنا المصلحة المشروعة هي ما يترتب على الدعوى من فائدة عملية، بمعنى الهدف الذي يبتغيه المدعي من دعواه، أو الدافع الذي يدفعه إلى رفعها، لما كانت هذه الدعوى ممنوعة، لأن الفائدة التي يبتغيها المدعي من هذه الدعوى هي الحصول على مبلغ من المال، والقانون لا يحرم هذا في ذاته، ولكنهم يقولون ببطلانها بلا شك، وما ذاك إلا لأنها لا تستند إلى حق مقرر، ولا إلى سبب مشروع.

وكذلك لو أن شخصاً رفع الدعوى على آخر طالبا الحكم له بمبلغ من المال على سبيل القرض أو الصدقة، أليس يبتغي مصلحة لنفسه؟ وهي الحصول على المال، وهذا غير محرم في ذاته، فلماذا ترفض دعواه؟ لا جواب على ذلك إلا أن دعواه لم تستند إلى حق مقرر.

وأما قولهم: إن الدعوى قد تكون مقبولة من غير أن تكون مستندة إلى حق، **فلعلهم يقصدون بذلك أحد أمرين:**

الأمر الأول: أن المشرع يقبل الدعاوى بناء على الظاهر من كلام المدعي، ولا يشترط وجود الحق المدعى به في الواقع ونفس الأمر.

والواقع أنه لا أحد ولا تشريع يشترط ذلك، وإنما معنى ضرورة استناد الدعوى إلى حق أن يكون ذلك في ظاهر الأمر المستفاد من كلام المدعي، وإلا لما قبلت دعوى أبداً، لأن مآل اشتراط ذلك أن يقال: لا تقبل الدعوى حتى يبرهن المدعي على وجود حقه بالأدلة القانونية، ولا ينظر في هذه الأدلة حتى تكون دعواه صحيحة، وهذا كما يرى دخول في حلقة مفرغة، ودور وهو باطل في حكم العقل.

الأمر الثاني: أن المشرع قد قبل الدعاوى التي تحمي حيازة العقار، والحيازة في حد ذاتها ليست حقاً من الحقوق.

والصحيح أن الحيازة حق، لأنها اختصاص أقره الشارع وحماه، والحق لا يعدو هذا المعنى[1].

بما تقدم يتبين أن الرأي الأول فيه قصور، وأنه لا بد من اشتراط استناد الدعوى إلى حق من الحقوق، وإلا كانت باطلة.

ب- تقدم أن الفريق الأول ضرب أمثلة لبعض الدعاوى التي يمنعها المشرع لعدم الفائدة منها، وإن كانت مستندة إلى حق مقرر، كدعوى المرتهن الذي تكون مرتبة رهنه متأخرة جداً، بحيث لا يصيبه شيء عند توزيع ثمن العقار، وكدعوى إبطال عقد هبة يستحق الإبطال، إذا لم يكن للمدعي فائدة من الحكم بالبطلان[2]. وهذه الأمثلة ونحوها تدل على أن شرط المصلحة في الدعوى أوسع من شرط استنادها إلى حق، فهي تعني بالإضافة إلى هذا أن تكون المطالبة بذلك الحق مفيدة للمدعي.

أوصاف المصلحة المطلوبة قانوناً:

لقد اشترطت قوانين المرافعات، وتبعها شراحها، **توفر صفات معينة في المصلحة المطلوبة من أجل صحة الدعوى وهي:**

١- أن تكون قائمة بالفعل وليست محتملة الوقوع.

٢- أن تكون حالة غير مستقبلة.

٣- أن تكون قانونية، أي مشروعة.

٤- أن تكون شخصية ومباشرة.

---

(١) تقدم الكلام عن معنى الحق في الفصل الثاني من التمهيد ص٨٨ وما بعدها.
(٢) انظر ص٣١٥.

وفيما يلي تفصيل هذه الأوصاف:

أولاً: المصلحة القائمة:

فقد اتفق أهل القانون على أن الدعوى لا تكون مقبولة إلا إذا بنيت على مصلحة قائمة، ومعنى ذلك أن تكون المصلحة محققة غير محتملة، وذهبوا إلى أن المصلحة في الدعوى تكون محققة إذا كان حق رافع الدعوى قد اعتُدي عليه بالفعل، أو حصلت منازعة بصدده، فيتحقق بذلك الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء[1] وذلك كأن يمتنع المؤجر عن تسليم المستأجر العين موضوع عقد الإجارة، أو امتناعه عن دفع الأجرة عن الفترة السابقة.

وأما إذا كانت المصلحة محتملة، وذلك إذا لم يتعرض الحق للخطر فعلاً، ولكن كان من المحتمل أن يتعرض له، فالأصل في قانون المرافعات أن الدعوى لا تقبل في هذه الحالة ومثال ذلك: الدعوى التي يرفعها الأولاد، أو الزوجة، لأجل صيانة مال الوالد، أو مال الزوج، فإنها غير مقبولة، لأن مصلحتهم في حفظ مال الوالد أو الزوج مصلحة محتملة، إذ قد يرثون، وقد يموتون قبل الوالد أو الزوج[2] .

غير أن معظم قوانين المرافعات التي نصت على شرط المصلحة القائمة استثنت من هذا الشرط حالتين:

الأولى: إذا كان الغرض من الدعوى الاحتياط لدفع ضرر محدق.

الثانية: إذا قصد بها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

هذا هو ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون المرافعات الصادر في سنة ١٩٤٩ والمادة الثالثة من قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، وهذا النص -كما يرى- يضع قاعدتين عامتين

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية-محمد حامد فهمي: ص٣٦١، المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا: ص١٠٥.

(٢) أصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣١٥.

تحددان ما يقبل من الدعاوى المبنية على المصلحة المحتملة، وكان مقتضى ذلك أن لا تحدد هذه الدعاوى بأسمائها، فإن هذا هو شأن القواعد العامة، ولكن الواقع القانون والقضائي والفقهي على غير ذلك، ففيه حددت تلك الدعاوى، وذكرت لا كأمثلة على القاعدة، ولكن كتحديد لنطاقها، والحق أنه إن كان اتجاه القانون هو تحديد هذه الدعاوى بأسماء معينة ففي وضع هذه القواعد حشر لما ليس بلازم في القانون[1].

وفيما يلي نفصل ما دخل في الحالتين المذكورتين من الدعاوى المقبولة:

الحالة الأولى: الاحتياط لدفع ضرر محقق:

فقد ذكروا من الدعاوى المقبولة بناء على هذا الاستثناء ما يلي:

١- دعوى وقف الأعمال الجديدة: وهي الدعوى التي يطلب فيها رافعها منع المدعى عليه من إتمام أعمال شرع فيها في عقاره لو اكتملت لشكلت تعرضاً لحيازة المدعي في عقاره[2]، فهذه الدعوى رغم قيامها على مصلحة محتملة -لاحتمال عدم حدوث الضرر المتوقع- فإن القانون[3] قد نص على قبولها، لأنها تقتضيها القاعدة المذكورة، ولها شروط تقدم إشارة إليها في الفصل السابق[4].

هذا ومع أن قانون المرافعات وضع قاعدة عامة في هذا الخصوص تنطبق على كل حالة يكون فيها خطر محقق يتهدد حق إنسان من غير قصر لهذا الاستثناء على حق عقاري أو منقول، إلا أن اجتهاد القضائي والفقه لم يذكرا مثالا على دعوى تقام من أجل وقف أعمال تهدد حقاً منقولاً.

---

(١) انظر: قواعد المرافعات-العشماوي: ص٥٦٨، ٥٦٩.

(٢) المرافعات المدنية والتجارية-ابو الوفا: ص١٠٧، شرح قانون الاجراءات المدنية -عبد الباسط جميعي: ص٢٥١.

(٣) انظر: المادة ٩٦٢ من القانون المدني المصري.

٢- وهنالك بعض أنواع من الدعاوى، اختلف الشراح في قبولها، **لاختلافهم في دخولها تحت هذا الاستثناء، وهي:**

أ-دعوى قطع النزاع:

وصورة هذه الدعوى أن يدعي شخص أن آخر يزعم أن له قبله حقاً، ويهدد من حين لآخر باستعمال هذا الحق، فيلجأ إلى القضاء طالباً منه إحضار صاحب الزعم وتكليفه بعرض دعواه وأسانيدها، ليبرهن هو على كذبها، فيحكم له بوضع حد لهذه المزاعم، وبأن ليس لها أساس تقوم عليه.

وهذه الدعوى غير مسموعة عند جمهور فقهاء المسلمين، لأن المدعي لا يجبر على الخصومة[١]، ولم يقل بقبولها سوى فقهاء المالكية، فقد ذكرها الزرقاني[٢] في شرح متن خليل[٣]، حيث قال: (لو تكررت شكوى شخص لآخر، فإن للمشتكي أن يرفع الشاكي للحاكم ويقول له: إن كان عندي شيء، فيدعي به، فإن أبى في ذلك حكم عليه بأن لاحق له بعد ذلك، وليس عليه شكوى، قطعاً للنزاع، وقد حكم بها البدر القرافي[٤] والبرموني[٥] وقالا: هي مشهورة في المحاكم بمسألة قطع النزاع المختصة بمذهب المالكية)[٦].

وهي غير مقبولة أيضاً عند علماء المرافعات، والذين أجازوها منهم اشترطوا فيها شروطاً

---

(١) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٤، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٥٠٧، كشاف القناع: جـ٤ص١٩٥.

(٢) هو عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني: له شرح على المختصر الخليلي مشهور ومتداول ولد سنة ١٠٢٠هـ، وتوفي سنة ١٠٩٩- عن كتاب الطريقة المرضية: ص٣٨، الطبعة الثانية.

(٣) هو أبو المودة خليل بن اسحق الجندي، أحد شيوخ العلم والصلاح،له تآليف نافعه مفيده رزقت القبول، من أشهرها، شرح مختصر ابن الحاجب الفقهي المسمى بالتوضيح، ومختصره الفقهي المشهور في المذهب المالكي، توفي سنة ٧٧٦هـ- عن الطريقة المرضية: ص٢٥، الطبعة الثانية.

(٤) هو القاضي بدر الدين محمّد بن يحيى القرافي، توفي سنة ١٠٠٨هـ- عن المرجع السابق: ص٤٠.

(٥) هو كريم الدين عبدالكريم البرموني المسراطي، كان حياً سنة ٩٩٨هـ- المرجع السابق ص٤٠.

(٦) المرجع السابق: ص٤٠.

تجعلها لا تختلف عن دعوى منع التعرض في الفقه الإسلامي[1].

وأما الذين رفضوها، فلم يعللوا رفضهم لها بتخلف شرط المصلحة القائمة في جميع الأحوال، فإن بعضهم قال بوجود مصلحة للمدعي في دفع مزاعم المدعى عليه والتخلص منها.

والحق أنه يجب التفريق بين فرضين:

الأول: إذا كانت مزاعم المدعى عليه في الحق الذي لدى المدعي تشكل مسلكاً تهديدياً لهذا الأخير، ففي هذه الحالة لا يشك في وجود مصلحة للمدعي من دعواه، لأنه يتضرر من هذه المزاعم، لأنها تهدد حقوقه، وإذا وجد الضرر تحققت المصلحة في دفعه بالدعوى.

ونرى أن هذه المزاعم في مثل هذه الحالة تشكل تعرضاً للمدعي يجيز له رفع دعوى منع التعرض في الفقه الإسلامي، كما نرى أن الذي حدا ببعض أهل القانون، ومنهم واضعو المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات الصادر في سنة ١٩٤٩م[2]، بقبول هذه الدعوى تحت اسم دعوى قطع النزاع- وليس تحت اسم دعوى منع التعرض- هو خلو القانون من النص الذي يجيز رفع دعوى منع التعرض في حق المنقولات، كما هو الحال بالنسبة للعقارات، أما إذا كانت المزاعم موجهة ضد شخص في حقه المتعلق بعقار من عقاراته، فنرى أن الدعوى في هذه الحال هي دعوى دفع تعرض، وليست دعوى قطع النزاع، وكان يلزم اعتبارها كذلك عند أهل القانون، لأن هذه المزاعم على الفرض السابق تشكل تعرضاً للمدعي في حقه العقاري.

وأما في الفقه الإسلامي فنرى أنه يمكن اعتبار هذه الدعوى في مثل هذا الفرض من قبيل دعوى منع التعرض، لأن المفروض أن مزاعم المدعي تشكل مسلكاً تهديدياً لحق المدعى عليه، ولا يقال: أن الدعوى المذكورة لا تصح إلا بالنسبة للعقار، فإن هذا هو مسلك القانون

(١) لا تختص دعوى منع التعرض في الفقه الإسلامي بالحق العقاري، وإنما تجوز في جميع الحقوق، خصوصاً عند فقهاء الشافعية، وقد تقدم ذكر ذلك في ص٢٤٩.

(٢) انظر: أصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣٢٧ طبع سنة ١٩٦٨.

فقط، وأما فقهاء الشريعة الإسلامية، وخصوصاً الشافعية منهم فقد أجازوا هذه الدعوى لدفع أي تعرّض يوجه ضد أي حق، مهما كان: منقولاً أو عقاراً، أو ديناً، أو غير ذلك[1].

الثاني: وهو ما إذا كانت المزاعم الصادرة من المدعى عليه ضد المدعي مجرد تخرصات فارغة ليس لها أثر ضار يعتد به، فهذه الدعوى غير مقبولة، لا في الفقه الإسلامي ولا عند أهل القانون، ومما ورد في تعليل ذلك عندهما ما يلي:

- ذكر بعض علماء المسلمين أن هذه الدعوى تخالف مبدأ متفقاً عليه، وهو أن المدعي لا يجبر على رفع دعواه[2]، لأن الدعوى لحفظ حقه، وهو حر في حفظه، والمدعى عليه فقط هو الذي يجبر على الخصومة[3]، لأنه مأمور بعدم الاعتداء على حق غيره، وليس له اختيار في ذلك.

- وذهب بعض أهل القانون إلى أن في قبول دعوى قطع النزاع قلباً لعبء الإثبات[4]حيث فيها يطالب المدعى عليه بالإثبات، مع أنه -حسب قواعد الإثبات- غير مطالب بذلك، والمدعي هو المطالب بالحجة على دعواه. وهذا دليل حسن على بطلانها، ولعل هذا هو السبب في تسميتها بالدعوى المقلوبة في الفقه الحنبلي[5]، إذ فيها تقلب القاعدة العامة في الإثبات المنصوص عليها في الحديث الشريف (البينة على المدعي، واليمين على المدعي عليه)[6]. كما نرى -زيادة على ما ذكر- أنه لا فائدة في هذه الدعوى لصاحبها، لأن المفروض أن لا ضرر من مزاعم المدعى عليه، ولكنها مجرد تخرصات فارغة لا تضر، ومع انعدام الضرر في هذه المزاعم تنعدم المصلحة في المطالبة بدفعها، فتكون دعواه ناقصة من شرط الفائدة، فلا تكون مقبولة.

---

(١) تقدم ذكر ذلك عند الكلام عند دعاوي الحيازة في الفصل السابق-انظر ص٢٤٩.

(٢) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٤، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية: ص٨٦، ٨٧، موجز في المرافعات الشرعية- أحمد ابراهيم: ص٣، مباحث المرافعات: ص٥، الأصول القضائية: ص٣.

(٣) المبسوط جـ١٧ص٣١، مجمع الأنهر: جـ٢ص٢٥٠، معين الحكام: ص٥٢.

(٤) أصول المرافعات -أحمد مسلم: ص ٣٢٢، الوجيز في المرافعات ـ الشرقاوي ص ٣٣.

(٥) منتهى الارادات: القسم الثاني: ص٥٩٠، كشاف القناع: جـ٤ص١٩٥.

(٦) تقدم تخريج هذا الحديث في ص١٩٣.

ب- الدعوى الاستفهامية:

وهي التي يرفعها المدعي على شخص، يخيره المشرع في اتخاذ أحد موقفين في خلال مدة معينة، يطلب منه تحديد موقفه قبل انتهاء المدة المضروبة له في القانون، ومثالها: أن يرفع المدعي دعوى على شخص كان قد أبرم معه عقداً في حالة نقصان أهليته، بعد أن اكتملت، وقبل مرور ثلاث سنوات على اكتمالها، يطلب منه: إما إجازة العقد، وإما إبطاله(١).

فقد اختلف علماء المرافعات في قبول هذه الدعوى: فمن قبلها منهم اعتمد على أن شرط المصلحة متحقق فيها للمدعي، ومن منعها علل ذلك بأن في قبولها إهداراً لحق قرره الشارع للمدعى عليه.

ولعل هذا الرأي الأخير أقربه إلى الصواب، وذلك لأن معنى ضرب المشرع مدة معينة يختار فيها المدعى عليه أحد الموقفين فرض التزام على الآخرين باحترام هذا الحق، وهذه نتيجة منطقية لمعنى الحق نفسه، وفي إقامة الدعوى الاستفهامية في مواجهته تعدّ على هذا الحق، فالمصلحة المبنية عليها هذه الدعوى لا يقرها القانون، لأنها تؤدي إلى الاعتداء على حقوق ثابتة للآخرين، وبذلك يمكن تخريج المنع لهذه الدعوى على أنه لا مصلحة فيها(٢).

جـ- دعاوى المطالبة بتقرير الحقوق والمراكز القانونية:

واختلف أهل القانون في الدعاوى التي يرفعها أصحابها، يطلبون فيها الحكم بتقرير حق من الحقوق، أو وضع من الأوضاع القانونية.

فقد ذهب أغلبيتهم إلى بطلان هذه الدعاوى، ومنع سماعها، لأن المصلحة التي يبتغيها المدعي من ورائها محتملة، فقد لا ينشب أي نزاع حولها، وقالوا أيضاً: أنها تزيد في أعباء

---

(١) أصول المرافعات- أحمد مسلم: ص٣٢١، ٣٢٢.
(٢) انظر رأيا قريباً من هذا لأحمد مسلم في أصول المرافعات: ص٣٢١.

القضاء[1]. ولكن قليلاً منهم ذكر من محاسنها: أنها تحول في كثير من الأحيان دون حصول النزاع، وتوفر على القضاء عبئاً كبيراً كان سيتحمله لو لم تقبل مثل هذه الدعاوى[2]. غير أن كثيراً منهم أجازوها في بعض الصور العملية، منها: دعاوى إبطال العقود والشروط، وذلك بخلاف دعوى صحتها، فلم يقبلوها، وذلك لأن المدعي يسعى بذلك إلى التخلص من التزام أو قيد يبدو ظاهرا أنه ملتزم أو مقيد به، فإذا قيل: إن مصلحة المدعي في هذه الدعاوى مستقبلة وليست حالة، فالجواب أن المدعي إنما يسعى في واقع الأمر إلى الاحتياط لدفع ضرر محدق[3].

وأما في الفقه الإسلامي، فالأصل عدم قبول أمثال هذه الدعاوى، لعدم قيام الخصومة فيها حول حق، ولأن المدعي فيها لا يطلب شيئاً من غيره يحكم له به عند قيام حجته[4]. وهذا هو مقتضى القياس على القواعد العامة في الدعوى. ولكنهم خرجوا عن هذا المقتضى في بعض الفروع والمسائل، وبنوها على المصلحة أو الاستحسان: فذهب بعض الفقهاء إلى قبول بعض أنواع من الدعاوى التي لا يرفعها أصحابها على خصم معين وإنما على خصم مفترض[5]، وذلك كمن يرفع الدعوى لإثبات الوقف أو الوصية أو الوكالة، فهذه تصرفات وعقود أجازوا إقامة الدعوى لإثباتها، وإن لم ترفع في مواجهة خصم معين[6].

كما نقل بعض الحنابلة[7] عن بعض فقهاء المذاهب الإسلامية جواز رفع الدعوى لإثبات صحة عقد ما أو إبطاله من غير وجود خصم في ذلك. وقد نقل صاحب النكت والفوائد

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية- محمّد حامد فهمي: ص٣٦٣.

(٢) الوجيز في المرافعات المدنية-عبدالمنعم الشرقاوي: ص٣١، ٣٢.

(٣) أصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣٢٤.

(٤) تبصرة الحكام: ج١ص١٣٧.

(٥) منتهى الارادات: القسم الثاني ص٥٩١، النكت والفوائد السنية: جـ٢ص٢٣٤، ٢٣٥، الفروع: ج٣ص٨٦٣، ٨٦٤.

(٦) جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٥٠٧ ما نصه (أن من أتى بوصية لميت وفيها أقارير ووصايا، وما غرضه من ذلك إلا أن يحكم له بوصايته الثابتة بالأقارير الموجودة في الوصية، قبل منه ذلك، وقضي له إن أثبت دعواه).

(٧) الفروع: ج٣ص٨٦٤، النكت والفوائد السنية: ج٢ص٢٣٤، ٢٣٥، منتهى الارادات: القسم الثاني: ص٥٩١.

السنية أن الشيخ تقي الدين لم ير شذوذاً في هذا الاجتهاد، ونقله عن بعض الفقهاء، ونقل تطبيقه عن بعض القضاة، وذكر أنهم بنوا هذا الاجتهاد على حاجة الناس إلى دعاوى يحفظون بواسطتها حقوقهم قبل حدوث النزاع حولها[1].

ونعيد -في هذا المقام- ما ذكر في استثناءات دعوى الدين المؤجل:

فقد ذكرنا من ذلك، الدعوى التي يرفعها الشخص لأجل تصحيح العقد الذي كان سبباً في ترتب الدين المؤجل في ذمة المدين، ومن جملة الأمثلة التي ذكرها الفقهاء -ومنهم الماوردي- عقد السلم، فأجازوا إقامة الدعوى لتصحيح هذا العقد[2]، ثم قاس ابن أبي الدم على عقد السلم جميع العقود التي يمكن أن تكون سبباً في نشوء دين مؤجل في ذمة المدين، وقال بجواز رفع الدعوى لتصحيحها[3].

من خلال هذه الفرعيات التي ذكرها بعض فقهاء المسلمين في دعاوى تقرير الحقوق والأوضاع الشرعية نستطيع أن نرجح ما يلي:

أن الحق أو الوضع الشرعي إذا كان في حالة يتوقع فيها تعرضه للخطر في المستقبل، فإنه لا مانع -عندئذ- من طلب تقرير هذا الحق (أو المركز الشرعي) لدى القضاء.

وفي غير هذه الحالة، أي عندما يكون الحق أو الوضع الشرعي في مأمن عن النزاع، فإن دعوى تقريره تكون مرفوضة، لأن الأصل في الدعوى أن توجه إلى خصم فيطلب بها استخراج شيء منه[4] وأن يترتب عليها نفع مشروع يناله المدعي على تقدير دعواه. ولذا رفض الفقهاء الدعوى التي ترفع من أجل تقرير نسب شخص من ميت ولا يطلب فيها حق آخر كإرث مثلاً، وكذلك ردوا دعوى الزوجية من شخص متوفى إذا كان المدعي لا يطلب

---

(١) انظر النكت والفوائد السنية: جـ٢ص٢٣٥.
(٢) أدب القضاء- الغزي: ق٣ب، أدب القضاء-ابن أبي الدم: ق٢٦أ.
(٣) أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٢٦أ.
(٤) القول المرتضى: ق١٧ب.

إرثاً أو أي حق آخر.

كما نرى أيضاً أن القاضي هو الذي يقرر فيما إذا كان الحق المطلوب تقريره في مأمن من النزاع أولاً، ومما ذكره الفقهاء المسلمون وعلماء المرافعات نستطيع استخلاص بعض حالات يكون فيها الحق أو المركز الشرعي أو القانوني في غير مأمن عن النزاع حوله، **نذكرها لا على سبيل الحصر، فإن التطبيق العملي قد يكشف عن غيرها، وهي:**

١- إذا كان الغرض من الدعوى إبطال عقد أو شرط[١]، لأن المدعي في هذه الحال يبتغي دفع خطر محتمل، وهو بحاجة لذلك قبل حلوله، إذ هو لا يستطيع الاستمرار في وضع قلق لا يمكنه استعماله كأساس يبني عليه أموره في المستقبل.

٢- إذا كان الوضع الشرعي (أو القانوني) سبباً لالتزام يترتب لصاحب هذا الوضع على شخص آخر وذلك كما لو قصد بالدعوى تصحيح عقد هو سبب لدين في ذمة آخر[٢].

٣- إذا كان الوضع الشرعي المراد الحكم بصحته فيه شبهة أو خلاف يبتغي المدعي رفعها[٣].

الحالة الثانية:

وأما الشق الثاني من الاستثناء ففيه ينص قانون المرافعات على الاكتفاء بالمصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الدعوى الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه، والمراد بالاستيثاق هنا التزود بالدليل[٤].

فقد قدر المشرع أن تيسير الحصول على الدليل للحق نوع من أداء العدالة، وخاصة إذا كان يخشى ضياع هذا الدليل بمضي الوقت، لهذا عني القانون بدعاوى الأدلة عناية خاصة،

(١) اصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣٢٤.
(٢) أدب القضاء-الغزي: ق٣ب، أدب القضاء-ابن أبي الدم: ق٢٦ أ.
(٣) منتهى الارادات القسم الثاني ص٥٩١.
(٤) أصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣١٦.

وقد ألحق بالدعاوى التي يقصد بها إقامة الدليل ليكون جاهزاً عند حصول النزاع، تلك الدعاوى التي يقصد بها هدم الدليل القائم ليكون مفروغاً من بطلانه عند الاحتجاج به إذا ما قام نزاع حول الحق المتعلق به.

ودعاوى الأدلة التي عني بها الشارع نوعان:

النوع الأول: دعاوى حفظ الدليل.

النوع الثاني: دعاوى تحقيق الدليل.

فأما النوع الأول فيندرج تحته دعويان:

الأولى: دعوى إثبات الحالة، **والثانية:** دعوى سماع الشاهد.

فأما الأولى فقد نص عليها قانون الإثبات[1] في المادة ١٣٣، فقد ورد فيها (يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء، أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن، وبالطرق المعتادة من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة..).

كما نصت المادة ١٣٤ من القانون المذكور على أنه (يجوز للقاضي في الحالة المبينة في المادة السابقة أن يندب أحد الخبراء للانتقال والمعاينة وسماع الشهود بغير يمين..)

وأما الثانية فقد نصت عليها المادة ٩٦ من قانون الإثبات حيث ورد فيها (يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء، ويحتمل عرضه عليه أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن سماع ذلك الشاهد).

وأما النوع الثاني من دعاوى الأدلة فيندرج تحته دعويان أيضاً وهما:

الأولى: دعوى تحقيق الخطوط الأصلية. **الثانية:** دعوى التزوير الأصلية.

---

(١) وهو قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ للاثبات في المواد المدنية والتجارية.

وتختلف هاتان الدعويان عن سابقتيهما رغم تعلقهـا جميعاً بالأدلـة مـن حيـث أن الأولى يقصد بها حفظ الدليل، بينما المقصود من هاتين الدعويين تحقيق الدليل المهيـأ-وهـو دليـل لا ينقصه الحفظ- للوصول إلى تدعيمه أو هدمه[1].

فأما الأولى فقد نصت عليها المادة ٤٥ من قانون الإثبات الجديد بقولها:

(يجوز لمن بيده محرر غير رسمي أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحـرر ليقـر بأنـه بخطـه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة إصبعه، ولو كان الالتزام الـوارد بـه غـير مسـتحق الأداء ويكـون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة).

وأباح المشرع في مقابلة هذه الدعوى الأخيرة، دعوى التزوير الأصلية، فقد نصـت المـادة ٥٩ من قانون الإثبات الجديد على أنه (يجـوز لمـن يخشـى الاحتجـاج عليـه بمحـرر مـزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر، ومن يفيد منه، لسـماع الحكـم بـتزويره ويكـون ذلـك بدعـوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة..).

ويرى بعض علماء المرافعات أن قبول دعوى التزوير الأصليـة يمكـن تفريعـه علـى الحالـة الأولى، وهو أن وجود محرر مزور مع خصمه يشكل خطراً محدقاً، فيجـوز الاحتيـاط لدفعـه بهذه الدعوى[2].

قال علماء المرافعـات في هـذه الدعـوى المسـتثناة قانونـاً مـن شـرط المصلحـة القائمـة أن المصلحة المقصودة للمدعي من دعواه غير قائمـة، فهـي محتملـة الوجـود في المسـتقبل، إذ مـن المحتمل عدم حصول أي نـوع مـن النـزاع حـول الأمـر المتعلـق بـالدليل، وبالتـالي عـدم قيـام المصلحة في هذه الدعاوى.

غير أن بعضهم ذهب إلى أن المصلحة موجودة في مثـل هـذه الدعـاوى وقائمـة وليسـت

---

(١) اصول المرافعات -أحمد مسلم:ص٣١٨.

(٢) أصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣١٩.

محتملة[1]، وهي ذلك الاستقرار الذي يحصل عليه المدعي حتى على فرض عدم نشوب أي خلاف حول الحق الذي بين يديه[2].

ولعل مما يسند هذا الاجتهاد أن المصلحة المعنوية مفيدة في نظر الشارع كالمصلحة المادية[3].

وترفع هذه في مواجهة ذوي الشأن: فمن اشترى عينا من شخص، وأراد أن يرفع دعوى سماع الشاهد على العقد، كان البائع ذا شأن في هذه الدعوى، ورفعت الدعوى في مواجهته، وإن لم ينازعه في العقد ونتائجه، وكذلك الأمر بالنسبة لدعوى إثبات الحالة: الخصم فيها هو الذي له علاقة بالحالة المراد إثباتها وفي دعوى تحقيق الخطوط للمدعي فيها هو من يشهد عليه الدليل الذي يراد تحقيقه، وفي دعوى التزوير الخصم من يحوز المحرر المزور.

ففي هذه الدعاوى طرفان إذن: مدع ومدعى عليه، وإن لم يصدر من هذا الأخير نزاع في الحق المبرهن عليه بالدليل، وإنما ذلك لاحتمال حدوث مثل هذا النزاع في المستقبل.

دعاوى الأدلة في الفقه الإسلامي:

من الشروط المتفق عليها عند الفقهاء في صحة الدعوى أن ترفع في مواجهة خصم معين وقد وضعوا قواعد كثيرة في تحديد من يكون خصماً ومن لا يكون، وقد تقدم ذكر ذلك، وبناء عليه فإن الدعوى التي ترفع، ولا تكون مبنية على نزاع نشب بين اثنين، أحدهما المدعي والآخر المدعى عليه، لا تكون مقبولة، وهذا هو القياس، وهو يقتضي عدم قبول الدعاوى التي لا يكون الهدف منها سوى حفظ الحجج والأدلة من غير وجود خصم منازع.

هذا وقد تمسك فريق من الفقهاء بمقتضى هذا القياس وقالوا: إن مقصود القضاء هو فصل

---

(1) الوجيز في المرافعات-الشرقاوي: ص٣٥.
(2) شرح قانون الاجراءات المدنية- عبدالباسط جميعي: ص٢٤٧، ويرى أن هذه الدعاوى تستند إلى حق الانسان في اثبات حقه بغض النظر عن الحق الموضوعي الذي ينصرف إليه الدليل.
(3) الوجيز في المرافعات-عبد المنعم الشرقاوي: ص٢٨، المرافعات المدنية والتجارية- أبو هيف: ص٢٤٣.

الخصومة، ولا خصومة في هذه الدعاوى ولا نزاع، فيكون قبولها والنظر فيها من قبيل العبث[1].

وذهب فريق آخر إلى قبول هذه الدعاوى، لتحقق المصلحة فيها، بل إن بعضهم جعل قبولها مما يتفق مع الأصول الشرعية والقياس، وذلك أن القضاء شرع لتحقيق أحد هدفين: الأول: الفصل في الخصومات، الثاني: حفظ الحقوق وحمايتها، وهذه الدعاوى تحقق هذا الهدف الأخير[2]، وقد ذهب إلى هذا ابن القاسم من المالكية، والحنابلة في قول راجح، ونقله بعض علماء الحنابلة عن الحنفية وبعض فقهاء الشافعية **وفيما يلي بعض تفصيل لما ذهب إليه هؤلاء:**

١- فقد ذهب ابن القاسم إلى جواز سماع البينة وحفظها قبل الخصومة، فإذا كان خصم قرأ القاضي عليه البينة، وعرفه بالشهود، وطلب منه أن يبدي دفعه، فإن لم يكن له مدفع لزمه القضاء[3]. ومن جهة أخرى ذكر ابن فرحون أن بعض المالكية ذهبوا إلى أنه يجوز لشخص أن يدعي لغيره من جار أو قريب لحفظ بينته من الضياع فتسمع الدعوى منه، وتثبت البينة، حتى إذا عاد الجار أو القريب الغائب، وكان قد مات شهوده، أنفذ له البينة المحفوظة عند القاضي[4].

٢- وذهب الحنابلة في قول راجح إلى قبول تلك الدعاوى، فتسمع، ولا حاجة في سماعها إلى وجود خصم حقيقي، ولا مسخر، أي منصوب من قبل القاضي، وفي ذلك يقول ابن مفلح المقدسي[5]: (إذا كان الحق في يد صاحبه، كالوقف وغيره، ويخاف إن لم يحفظ بالبينات، أن ينسى شرطه أو يجحد ولا بينة، ونحو ذلك، تسمع الدعوى لحفظ البينة، إذ في سماعها من غير خصم حفظ الحق الموجود عن خصم مقدر، وهذا أحد مقصودي القضاء)[6]،

---

(١) الفروع: جـ٣ص٨٦٣.
(٢) النكت والفوائد السنية: جـ٢ص٢٣٣.
(٣) شرح الخرشي: جـ٧ص١٥٦.
(٤) تبصرة الحكام: جـ١ص١٤١.
(٥) هو محمّد بن مفلح بن محمّد بن مفرج القاقوني الفقيه الحنبلي شمس الدين، ولد في حدود سنة ٧١٠هـ، اشتغل في الفقه وبرع فيه، وصنف كتاب «الفروع» فأبدع فيه، وشرح «المقنع» وعلق على المنتقى، مات في رجب سنة ٧٦٣هـ، الدرر الكامنة: جـ٥ص٣٠، ٣١.
(٦) النكت والفوائد السنية: جـ٢ص٢٣٣.

وقد قاس بعضهم هذه المسألة على كتاب القاضي حيث فيه تسمع البينة من غير حضور خصم، ليبعث بها إلى قاضي المنطقة التي يوجد فيها المدعى عليه، والواقع أنّ بين المسألتين شبهاً من وجهه، وخلافاً من وجه آخر: فهما يتشابهان في أن الدعوى فيهما ترفع لأجل الإثبات، لا لأجل الحكم، ويختلفان في أن الدعوى في مسألة كتاب القاضي ترفع على خصم، وإن كان غائباً، والخصومة بينهما قائمة، بخلاف الحال في هذه المسألة، حيث لا مدعى عليه غائب ولا حاضر، وإنما هو خصم مفترض، فقد يوجد وقد لا يوجد، وإنما يطلب المدعي من القاضي سماع البينة أو الإقرار، ثم يقول القاضي إذا ثبتت الدعوى عنده: ثبت ذلك عندي بلا مدعى عليه[1]. وقد ذكر أن هذا الرأي هو مقتضى كلام الإمام أحمد في مواضع متعددة[2].

٣- ونقل بعض علماء الحنابلة عن الحنفية جواز سماع هذه الدعاوى، ولكنهم أخذوا عليهم طريقتهم في النظر فيها، وهو ما اشترطوه لسماعها من تنصيب خصم يسخره القاضي عوضاً عن الخصم المفترض وجوده عند نشوب نزاع في المستقبل، فقالوا ينصبون الشر ثم يقطعونه، وانه احتيال لتحقيق صورة لا معنى لها، لأن المعنى المقصود يمكن تحقيقه من غير الخصم المسخر[3]، وأما ما ذهبوا إليه من سماع هذه الدعاوى بغير خصم مسخر فقالوا عنه:

---

(١) الفروع: جـ٣ص٨٦٣، ٨٦٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: منتهى الإرادات: القسم الثاني ص٥٩١، الفروع: جـ٣ص٨٦٣. هذا ما ذكروه عن الحنفية، ولكني لم أتبين ذلك مما اطلعت عليه من كتبهم، فقد ذكر ابن الغرس وغيره في هذا المقام أنه لا بد في الدعوى من حضور الخصم المدعى عليه باستثناء الدعوى لأجل الكتاب الحكمي (وهو كتاب القاضي)، وأن الخصم المدعى عليه قد يكون خصماً مسخراً منصوباً من قبل القاضي عن الغائب بناءً على قول مرجوح في المذهب (وهو قول خواهر زادة)، وأن الرأي الراجح هو أن الخصم المسخر لا يجوز القضاء عليه إلا في الحالات التي أجيز فيها القضاء على الغائب، وهي حالات الضرورة أو الحاجة، أنظر الفواكه البدرية: ص٩٥، ٩٦، ٩٧، فهذا يدل على أن الخصم المسخر عندهم لا يكون إلا عن خصم غائب، وفي حالات مستثناة من القاعدة العامة بناءً على الرأي الراجح، وليس فيه ما يدل على أنه يمكن نصب مسخر عن خصم مقدر أو مفترض، ولكن يمكن أن يستأنس لهذا النقل بما جاء في الفتاوي الهندية من أنه لمن له دين مؤجل إثباته قبل حلوله لحفظ البينة، وإن لم يكن نزاع في ذلك الوقت -انظر الفتاوي الهندية: جـ٤ص٩٩.

انه يؤدي إلى حفظ الحق الموجود، ويذر الشر المفقود[1].

والحق أن الحنابلة ومن معهم بما قرروه من قبول هذه الدعاوى قد نظروا إلى حاجة الناس وواقعهم العملي، وهو احتياجهم في كثير من الأحيان إلى حفظ حقوقهم التي قد تتعرض للجحد في المستقبل، ففيه مصلحة للناس، وتحقيق لهدف القضاء في حفظ الحقوق وحمايتها.

ثانياً المصلحة القانونية:

وأما الوصف الثاني المطلوب تحققه في المصلحة المشروطة في الدعوى هو أن تكون قانونية:

وقد استمدت هذا الوصف من قول القانون[2] (مصلحة يقرها القانون): ويكاد علماء المرافعات يتفقون على أن المقصود بهذا لوصف هو أن تستند المصلحة إلى حق أو مركز قانوني، وذلك لتقريره أو رد اعتداء عنه أو التعويض عن ضرر أصابه[3].

ولكنهم اختلفوا في تحديد نطاق ما يراد استبعاده بهذا الوصف المطلوب في المصلحة:

١- فقد ذهب جماعة منهم إلى أن المقصود بهذا الوصف هو استبعاد المصالح الاقتصادية البحتة[4]، وهي تلك المصالح التي لا يحرمها القانون في حد ذاتها، ولكنه لم يعلن حمايته لها، وقد ضربوا لها أمثلة منها:

- أن يدعي شخص علىآخر طالباً إلزامه بإقراضه مالا كما أقرض غيره ممن هم أقل منه ملاءة، أو إلزامه بالتصدق عليه كما تصدق على غيره، وهو أحق منهم بالصدقة، أو بتأجيره داره المعدة للأجرة، وهو مستعد لدفع أجرة المثل، أو ببيعه ماله المعد للبيع بثمنه المحدود، أو

---

(١) النكت والفوائد السنية: ج٢ص٢٣٤.

(٢) م٤من القانون القديم لعام ١٩٤٩،م٣ من القانون رقم ١٣ لعام ١٩٦٨.

(٣) الوجيز في المرافعات المدنية -عبدالمنعم الشرقاوي: ص٢٧، الوسيط رمزي سيف: ص١٠٢، المرافعات المدنية، أحمد أبو الوفا: ص١٠١.

(٤) الوجيز في المرافعات المدنية-عبدالمنعم الشرقاوي: ص٢٧، ٢٨.

بمشاركته في التجارة، أو بقبوله نزيلاً في الفندق... وغير ذلك من هذا القبيل[1] ومثلها ما لو دعا رجل آخر لتناول الغداء معه، و لم يحضرالمدعو، لما جازت الدعوى بتعويض[2].

- أو كأن يطلب تاجر بطلان شركة تنافسه في تجارته دون أن يكون شريكاً في هذه الشركة[3].

٢- ومنهم من ذهب إلى أن المقصود بهذا الوصف استبعاد المصالح التي يحرمها القانون ومنها المصالح التي نص على عدم مشروعيتها القانون المدني (م٥) **وهي:**

أ- إذا لم يقصد باستعمال الحق سوى الإضرار بالغير.

ب- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

جـ- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة[4].

٣- وذهب آخرون إلى أن المقصود هو استبعاد كل ذلك، فإن جميع الصور التي ذكرها الفريقان المذكوران سابقاً ينطبق عليها أن المصلحة فيها غير قانونية، ولذلك قال هؤلاء: تكون المصلحة غير قانونية إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب أو كانت اقتصادية[5].

ونرى أن هذه الطائفة الأخيرة من علماء المرافعات أقرب إلى الصواب، والواقع أن التفسير الذي اتفقوا عليه لقانونية المصلحة يقتضي رفض جميع هذه الصور من الدعاوى التي ذكرها جميع الشراح، إذ المصلحة الاقتصادية لا تستند إلى حق ولا إلى مركز قانوني وكذلك

---

(١) أصول المحاكمات-فارس الخورس: ص١٢٩، شرح قانون المرافعات العراقي-عبدالجليل برتو: ص١٠.
(٢) المرافعات المدنية-ابو هيف: ص٢٤٣.
(٣) المرافعات المدنية-ابو الوفا: ص١٠٢.
(٤) قواعد المرافعات - عشماوي: ص٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥.
(٥) المرافعات المدنية والتجارية -ابو الوفا: ص١٠٢، وضرب مثلا للمصلحة المخالفة للنظام العام: أن يطلب شخص تنفيذ عقد تم بينه وبين خليلته مضمونه استمرار العلاقة بينهما.

المصالح التي يحرمها القانون، فهي أولى بعدم القبول.

وأما المصلحة التافهة فقد ذهب كثير منهم إلى رفضها، وأنها لا تصلح أساساً للدعوى[1] مع أن جماعة آخرين لم يشترطوا في المصلحة أن لا تكون تافهة[2].

أما أصحاب الرأي الأول فقالوا: انه لا يجوز اشتغال القضاء بدعاوى تافهة وقالوا: إن جدية المصلحة يقاس بمقدار الاعتداء الذي كان سبباً في رفعها أو الضرر الذي حدث للمدعي أو التهديد بوقوعهما، وقد صدرت أحكام بعدم قبول الدعوى بالتعويض عن إدخال قريب مستشفى الأمراض العقلية، وطلب هدم منزل لامتداد أعمال أساسه في أرض جاره ببضعة سنتيمترات.

وهذا الذي ذهب إليه هؤلاء يشبه اجتهاد فقهاء المذهب المالكي في هذه المسألة، حيث رفضوا كل دعوى لا تستهدف غرضاً صحيحاً، وقالوا: إن ذلك لاستبعاد أمثال الدعوى بعشر سمسمة أو حبة شعير[3].

وأما الرأي الثاني في الفقه القانوني فهو يشبه ما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنبلي: فقد أجاز هؤلاء الدعوى بالتافه، وإن لم يجيزوا للقاضي أن يحضر المدعى عليه بالقوة إلى مجلس القضاء إذا كان المدعي لا يقصد من دعواه إلا مصلحة تافهة، ولكن القاضي ينظر فيها إذا أتى المدعى عليه باختياره مع المدعي إلى مجلس القضاء[4].

ولعل هذا الاتجاه في كلا الفقهين، الإسلامي والقانوني، يستند في اجتهاده إلى مبدأ سد الذريعة الذي يقضي برفع الظلم التافه خوفاً من التهاون في ما هو خطير.

---

(١) الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية– عبدالمنعم الشرقاوي:ص٢٨.
(٢) المرافعات المدنية–ابو الوفا: ص١٠١.
(٣) تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٧، منح الجليل: جـ٤ص١٧٠.
(٤) كشاف القناع: جـ٤ص١٩٤، الفروع: جـ٣ص٨٠٨، كشف المخدرات: ص٥١٠، غاية المنتهى: جـ٣ص٤٤٧.

وأما الاتجاه الأول فلعله يستند إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، هذا وقد ذكر علماء المرافعات أنَّ المصلحة القانونية قد تكون مادية وقد تكون مصلحة أدبية: وتتحدد طبيعة المصلحة بالحق المعتدى عليه، فإذا كان الحق مادياً بأن رفعت الدعوى لحماية حق من الحقوق المالية كانت المصلحة مادية، وذلك كدعوى تعويض عن إتلاف مال.

وأما إذا كان الحق أدبياً كانت المصلحة أدبية كالدعوى التي ترفع من اجل المطالبة بالتعويض عن قتل والد أو أخ، أو بالتعويض عن السب أو القذف[1].

وهذا الشرط هو في الواقع عين الشرط الذي يقضي بوجوب استناد الدعوى إلى حق من الحقوق، أو أن يكون المدعى به حقاً مقرراً حسب أقوال المدعي، وهو ما صرح به بعض علماء المرافعات[2].

غير أن بعضاً آخر منهم فصل بين هذين الشرطين، ولم ير أن اشتراط قانونية المصلحة هو نفسه شرط كون المدعى به حقاً من الحقوق، وقد ذكرنا هذا الرأي وحججه في بحث (معنى المصلحة). غير أن هؤلاء -حينما فسروا ما يقصدون بالمصلحة القانونية- اقتربوا مما رجحنا وعادوا على ما قرروه من انفصال هذا الشرط عن ذاك بالنقض حيث قالوا: (وتكون المصلحة قانونية عندما يكون موضوع الدعوى تقرير حق أو مركز قانوني، أورد اعتداء عن حق، أو التعويض عن ضرر أصاب حقاً من الحقوق)[3]، فكيف يقال باختلاف هذا الشرط عن ذلك الآخر ما دام الأول يعني أن يكون موضوع الدعوى شيئاً يتعلق بالحق.

ومما يؤكد هذا أنهم قرروا أن طبيعة المصلحة هي بعينها طبيعة الحق الذي يطلب بالدعوى[4]: فإن كان مادياً أو أدبياً، فهي تتبعه.

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية-ابو هيف: ص٢٤٣، الوجيز في المرافعات-عبدالمنعم الشرقاوي: ص٢٨.
(٢) المرافعات المدنية-محمد حامد فهمي: ص٣٦٠، أصول المحاكمات الحقوقية- فارس الخوري: ص١٢٩.
(٣) الوجيز في المرافعات-الشرقاوي: ص٢٧.
(٤) انظر: الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية- عبدالمنعم الشرقاوي: ص٢٨.

ثالثاً: المصلحة الحالّة:

ومن الأوصاف التي اشترطها القانون في المصلحة أن تكون حالّة، أي ليست مؤجلة[1].

والغرض من هذا الشرط استبعاد دعوى العين، فإن القوانين تكاد تجمع على بطلانها، اللهم إلا القانون العراقي، حيث أجاز هذه الدعوى بشرط أن يراعى الأجل في الحكم الصادر فيها، وعلى أن يتحمل المدعي مصاريف الدعوى[2].

والحق أن هذا شرط في المدعى به كسابقه، وإلا فإن المدعي في دعوى الدين المؤجل يبتغي فائدة حالّة، وهي حصوله على ضمان أكيد من قبل القضاء بالنسبة لحقه المؤجل من حيث تنفيذه وقت حلول الأجل، فيحصل له بذلك الاطمئنان على حقه وهذه فائدة معتبرة قانوناً، فلو اقتصر في معنى المصلحة على هذا للزم قبول هذه الدعوى، ولكن الصحيح كما تقدم أن اشتراط المصلحة يعني اشتراط استناد الدعوى إلى حق واجب الأداء وقت المطالبة[3].

هذا و لم يستثن عند أهل القانون من هذا الشرط سوى حالتين اختلف فيهما عندهم وهما:

الحالة الأولى:

وهي الحالة التي يحل فيها الأجل أثناء السير في الدعوى، فقد قال بجوازها كثير من شراح المرافعات، وقبلها أيضاً الاجتهاد القضائي المصري[4]، ورفض بناء عليه الدفع بعدم حلول المصلحة من قبل المدعى عليه.

---

(١) انظر: المادة الرابعة من قانون المرافعات الصادر في سنة ١٩٤٩، والمادة الثالثة من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، وأصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣٢٣، ٣٢٤ طبع سنة ١٩٦٨.

(٢) انظر المادة الثانية من قانون المرافعات العراقي.

(٣) تقدم تفصيل ذلك عند الكلام عن معنى المصلحة.

(٤) الوجيز في المرافعات المدنية-عبدالمنعم الشرقاوي: ص٣٠، أصول المرافعات ص٣٢٠، شرح قانون الاجراءات: ص٢٦٢، ٢٦٣.

غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي تمسك بالقاعدة العامة، وبناء عليه رفض الدعوى التي كانت ينقصها حلول المصلحة المطلوبة بالدعوى عند رفعها وقبل الدفع بذلك من قبل المدعى عليه، ورتب عليه رد الدعوى لنقصان أحد شروطها[1]. والحق أن مسلك الاجتهاد الفرنسي فيه مغالاة في التمسك بالقواعد النظرية إذ أية فائدة يجنيها المدعى عليه من الدفع بعدم حلول المصلحة وقت رفع الدعوى إذا كانت هذه المصلحة قد حلت ووجهت في الوقت الذي ينظر فيه هذه الدعوى وخصوصا أن القضاء يكون قد تعرف على بعض جوانب القضية ويكون بقبول هذا الدفع قد أهدر وقته وتعبه.

وهكذا يمكن رد الدفع بعدم حلول المصلحة في حالة حلولها أثناء السير في الدعوى: بأنه دفع لا مصلحة فيه، فهو مخالف للمادة الثالثة من قانون المرافعات التي تشترط في الدفع أن يكون من ورائه مصلحة مشروعه[2].

الحالة الثانية:

وذهب شرح قانون المرافعات أيضاً إلى جواز الدعوى بالدين الذي حل بعضه، وما زال قسم منه مؤجلاً، وأجازوا بناء على ذلك الحكم بالجزئين من الدين، على أن يؤجل تنفيذ القسم الذي لم يحل، وعند حلول الأجل ينفذ بالقوة الحكم الذي صدر سابقاً. ومثل هذا الدعوى بالثمن المنجم الذي حلت بعض أقسامه، و لم تحل الأخرى[3].

وأما في غير هاتين الحالتين فقد ذهبوا جميعاً إلى عدم جواز الدعوى بالدين المؤجل، اللّهم إلا المشرع العراقي، فقد نص في المادة الثانية منه على قبولها، وذلك إذا خشي الدائن حدوث ما يسبب ضياع حقوقه إن هو انتظر حلول الأجل[4].

---

(١) أصول المرافعات-أحمد مسلم:ص٣٢٠، شرح قانون الاجراءات المدنية ص٢٦٢، ٢٦٣.
(٢) شرح قانون الاجراءات المدنية: ص٢٦٣.
(٣) أصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣٢٠،شرح قانون الاجراءات المدنية ص٢٦٤.
(٤) شرح قانون المرافعات العراقي-عبدالجليل برتو: ص٢٤.

هذا وننبه إلى أن مذهب قانون المرافعات العراقي يختلف عن الرأي الذي ذهب إليه كثير من فقهاء المسلمين، وهو جواز دعوى الدين المؤجل لغرض تسجيل بينته خوفاً من ضياعها، لأن المفهوم مما نص عليه القانون العراقي، أن الدعوى بالدين المؤجل تقبل، لا لأجل تسجيل الحجة المثبتة له، وإنما لأجل الحكم بتنفيذه عندما يحل أجله، بحيث أن المدعي لو حصل على ذلك، ثم حل الأجل استطاع تنفيذ الحكم الصادر بالقوة فيحصل حقه الذي حل من غير حاجة للجوء إلى القضاء في هذه المرة. وأما ذلك الرأي في الفقه الإسلامي، فإنما يقبل دعوى الدين المؤجل لأجل تسجيل البينة المثبتة له، حتى إذا حل أجله، لزم المدعي رفع دعوى جديدة للحصول على حكم جديد يقضي بوجوب تسليم الدين للدائن، وفائدة تلك الدعوى أن الحكم الصادر بتسجيل بينة المدعي يعتبر إذا ما حصل نزاع حول الحق عند حلول اجله حجة صحيحة مقبولة ومجهزة، وتكون في حوزة القاضي، ولا يحتاج المدعي عندها إلا الإشارة إلى السجل الذي سجلت فيه البينة القديمة المقبولة.

ونرى أن ما ذهب إليه الرأي الغالب في القانون لا يخالف ذلك الاتجاه في الفقه الإسلامي، وذلك لأن هذا الرأي لا يمنع حفظ الدليل الذي يثبت الحق المؤجل، إذ أن نصوصه في قبول دعاوى الأدلة صريحة، هذا بالإضافة إلى القاعدة العامة التي نص عليها قانون المرافعات في قبول الدعاوى التي يقصد بها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله[1] وهو نص عام لا يفرق بين الحقوق الحالّة والمؤجلة.

رابعاً: المصلحة الشخصية المباشرة:

والوصف الرابع للمصلحة هو أن تكون شخصية ومباشرة، وهذا الوصف لم يذكره قانون المرافعات، مع أنه نص على الأوصاف الثلاثة السابقة، غير أن جميع شراحه ذكروه، وكثير منهم اعتبره هو وشرط الصفة شرطاً واحداً.

---

(١) م٣ من قانون المرافعات الجديد رقم١٣ لسنة ١٩٦٨.

ومعناه- كما ذكر بعض الشراح- أن الشخص الذي يقيم الدعوى ينبغي أن يكون قد تضرر من تعرض وقع على حق خاص به، وأن يطلب إزالة هذا التعرض[١] أي أن تكون الدعوى مرفوعة باسم صاحب الحق المعتدى عليه المطلوب حمايته[٢].

وهي لا تكون كذلك إلا إذا كان رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني محل النزاع أو نائبه، بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية حق أو مركز قانوني لرافع الدعوى أو من ينوب عنه[٣] وبناء على ذلك لا تقبل الدعوى من فضولي يقيمها بحق لغيره، مهما كان هذا الغير قريباً صميماً أو صديقاً حميماً، إلا أن يكون ممثلاً اتفاقياً أو قانونياً لصاحب الحق الذي وقع عليه الاعتداء.

أما قولهم (مباشرة) فيقصد به أن يكون صاحب الحق أو نائبه مقصوداً بالمصلحة التي تعود عليه من الدعوى، وذلك لاستبعاد الدعاوى التي يرفعها غير أصحاب الحقوق ممن يطولهم بعض الفائدة من ثبوت الدعوى من غير أن يكونوا مقصودين بهذه الفائدة الثانوية.

وهذا الشرط هو شرط الصفة في نظر معظم شراح قانون المرافعات[٤]، وبعضهم لم يصرحوا بذلك وإنما تشابه عندهم تفسير الشرطين فدل ذلك على تبنيهم نفس الرأي.

على أن آخرين منهم قالوا بالتفريق بين هذه الشرطين، وقالوا إن شرط الصفة لازم مستقل بذاته عن شرط المصلحة، فلا يعني وجود هذه الأخيرة عن شرط الصفة[٥].

ويرى بعض آخر منهم أن الشرطين يختلطان في بعض الصور ويتمايزان في غيرها فإذا كان المدعي يدعي لنفسه، فإن مصلحته الشخصية المباشرة هي بذاتها صفته في رفعها، ولكن

---

(١) الوجيز في أصول المحاكمات- رزق الله انطاكي: ص١٣٨.
(٢) الوجيز في المرافعات المدنية-عبدالمنعم الشرقاوي: ص٣٧.
(٣) الوسيط- رمزي يوسف: ص١٠٤.
(٤) الوجيز في المرافعات-عبدالمنعم الشرقاوي:ص٣٧، الوسيط- رمزي سيف: ص١٢٤، المرافعات المدنية والتجارية- محد حامد فهمي: ص٣٦٧، الوجيز في أصول المحاكمات- رزق الله أنطاكي: ص١٣٤.
(٥) قواعد المرافعات - العشماوي: ص٥٨٠-٥٨١.

إن كان يدعي لمن هو نائب عنه فصفة رافع الدعوى أنه نائب عن صاحب الحق، وأما صاحب المصلحة الشخصية المباشرة فهو الأصيل وليس النائب، فالشرطان يختلفان في هذه الحالة[1].

وذهب جماعة إلى أن شرط «الصفة في المدعي»، هو بعينه شرط المصلحة الشخصية المباشرة ولكن شرط الصفة غير قاصر على المدعي، وإنما يطلب أيضاً في جانب المدعى عليه[2].

هذا ما ذهب إليه شراح قانون المرافعات في تحديد مدى العلاقة بين هذين الشرطين، والذي نراه في هذه المسألة أن ما قيل من آراء حامت حول الصواب وأصابت جزءاً منه، **وذلك أن شرط الصفة أعم من شرط المصلحة الشخصية المباشرة لما يلي:**

١- شرط الصفة ذو شقين: الأول- وجوب تحققه في المدعي، والثاني- وجوب تحققه في المدعى عليه، والآخر شرط في المدعي فقط، ولا يعقل اشتراطه في المدعى عليه.

٢- بل إن المصلحة الشخصية المباشرة في المدعي هي -في نظرنا- إحدى الحالات التي يتحقق فيها الشرط الأعم وهو شرط الصفة: لأن معنى شرط الصفة هو: أن يكون للمدعي شأن في الدعوى يجيز له المخاصمة عن موضوعها أو إبداء دفاع فيها[3]. ومن الحالات التي يكون له فيها شأن أن يكون مدعياً الحق لنفسه، ومنها أيضاً أن يدعي الحق لمن ينوب عنه، ومنها الحالات التي حددها الشارع: ففي دعاوى الحسبة مثلاً جعل الشارع الشأن في رفعها لكل مواطن، ومثلها دعاوى النيابة العامة، والدعاوى النقابية[4]. كل هذه حالات يعتبر فيها المدعي ذا صفة، وليس له في بعضها أية مصلحة شخصية، صحيح أن الحالة التي يكون فيها لرافع الدعوى مصلحة شخصية هي أكثر الحالات في الواقع العملي، ولكن هذا لا يمنع أن هنالك حالات أخرى تتحقق فيها الصفة.

---

(١) شرح قانون الاجراءات المدنية-عبدالباسط جميعي: ص٢٧٠-٢٧١.
(٢) أصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣٢٦.
(٣) قواعد المرفعات-عشماوي:ص٥٨٠.
(٤) أصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٣٣٦، ٣٣٧.

الشرط الثاني: معلومية المدعى به:

يكاد الفقهاء يتفقون على أنه يشترط في الدعوى، حتى تكون معتبرة شرعاً، أن يكون المدعى به معلوماً[1].

والمراد بعلم المدعى به تصوره، أي تميزه في ذهن المدعي والمدعي عليه والقاضي[2]، وذلك لأن المقصود بالدعوى هو إصدار الحكم فيها، والمقصود بالحكم فصل الخصومة بإلزام المحقوق برد الحق إلى صاحبه، ولا إلزام مع الجهالة، وبناء عليه لا يصح الحكم بما لا إلزام فيه، وهكذا لا يتحصل مقصود الدعوى بدون العلم، فوجب اشتراطه لصحتها. ومن جهة أخرى فإن صحة الشهادة مرهونة بمطابقتها للدعوى، فإن كانت هذه مجهولة المدعى به لم تصح الشهادة عليها، لأنها لا تصح على المجهول، فتكون الدعوى مرفوضة لعدم إمكان إثباتها[3].

ومع أن هذا الشرط لم يكد يخلو منه كتاب فقهي تعرض لتفصيل شروط الدعوى، إلا أن القول باشتراطه لم يسلم من انتقاد بعض علماء المذاهب ومنهم: قاضي زاده[4] من علماء

---

(١) هذا الشرط تذكره مختلف الكتب الفقهية-انظر من الفقه الحنفي: بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٢، وحاشية الشلبي:جـ٤ص٢٩٢، ومن المالكي: تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٤،١١٧، وحاشية الدسوقي: جـ٤ص١٤٤، ومن الشافعي: المهذب: جـ٢ص٣١١، والحاوي الكبير: جـ١٣ق ٤٩أ، ومن الحنبلي: المغني لابن قدامة: جـ٩ص٨٤، ومنتهى الإرادات: القسم الثاني ص٥٩٢، ونيل المآرب بشرح دليل الطالب: جـ٢ص١٤٣، كشاف القناع: جـ٦ص٢٧٧ طبع سنة ١٣٦٧، ومن الزيدي: البحر الزخار: جـ٤ص٣٩٣ طبع سنة ١٣٦٨.

(٢) تهذيب الفروق:جـ٤ص١١٤، ١١٧، حاشية العدوي على الخرشي: جـ٧ص١٥٤، حاشية الدسوقي: جـ٤ص١٤٤.

(٣) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٢، حاشية الشلبي: جـ٤ص٢٩٢، نيل المآرب: جـ٢ص١٤٣.

(٤) هو شمس الدين أحمد بن محمود المعروف بقاضي زاده الرومي الحنفي: له كتاب نتائج الأفكار وكشف الرموز والأسرار في تكملة فتح القدير لابن الهمام، توفي سنة ٩٨٨هـ- ايضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون: ص٦٢٠.

الحنفية، والقرافي والمازري[1] والبساطي[2] والحطاب[3] من علماء المالكية. وفيما يلي نذكر ما أثاروه من نقد حول هذا الشرط:

١- **فأما قاضي زاده** فقد قال معقباً على قول المرغيناني[4] في «الهداية»: (والإلزام في المجهول لا يتحقق) ما نصه: (اقول: فيه بحث، وهو أن عدم تحقق الإلزام في المجهول ممنوع، إذ تقرر في كتاب الإقرار أن الإقرار بالمجهول صحيح، وقد مرّ في صدر كتاب الدعوى أن حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم إما بالإقرار، وإما بالإنكار، فعلى تقدير أن أجاب الخصم بالإقرار يمكن الإلزام عليه في المجهول أيضاً، لكونه مؤاخذاً بإقراره، فينبغي أن تصح الدعوى فيه، لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالإقرار، وبالجملة أن الإلزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة، كذلك يتحقق بواسطة حجة الإقرار، فإن لم يتصور الأول في دعوى المجهول يتصور الثاني فيها فلا يتم المطلوب. لا يقال: إقرار الخصم محتمل لا محقق، فلا يتحقق الإلزام في دعوى المجهول بل يحتمل، لأنا نقول: المراد بتحقق الإلزام الذي عدّ فائدة الدعوى إمكان تحققه دون وقوعه بالفعل، وإلا يلزم أن لا بتحقق الفائدة في كثير من دعاوى المعلوم أيضاً، كما إذا عجز المدعي عن البينة، ولم يقر الخصم بما ادعاه، بل أنكر وحلف، إذ حينئذ لا يمكن الإلزام بالفعل قطعاً)[5].

---

(١) هو محمّد بن علي بن عمر التميمي المازري المعروف بالإمام، كان حافظاً نظاراً مجتهداً في المذهب، له من التآليف شرح التلقين للقاضي عبدالوهاب، وشرح البرهان، لإمام الحرمين، والمعلم شرح صحيح مسلم، توفي سنة ٥٣٦هـ الديباج المذهب: ص٢٧٩.

(٢) هو محمّد بن أحمد البساطي الطائي، قاضي القضاة بمصر، كان مولده سنة ٧٦٨هـ، وتوفي سنة ٨٤٢هـ- عن كتاب الطريقة المرضية: ص١٤، الطبعة الثانية.

(٣) هو محمّد بن محمّد الحطاب المكي المولد والقرار، له تآليف قيمة منها شرح المختصر الخليلي، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام، كان مولده بسنة ٩٠٢هـ وتوفي سنة ٩٥٤هـ- الطريقة المرضية: ص١٤.

(٤) هو الإمام الحنفي علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني صاحب كتاب «الهداية» المشهور في الفقه الحنفي ومن تآليفه أيضاً: كتاب المنتقى، وبداية المبتدى (جمع فيه بين مختصر القدوري والجامع الصغير)، وشرحه في كتاب آخر سماه «كفاية المنتهى»، وقد كان رحمه الله بارعاً في كثير من الفنون، توفي سنة ٥٩٣هـ، انظر: الفوائد البهية: ص١٤١.

(٥) تكملة فتح القدير: جـ٦ص١٤٢.

٢- **وأما القرافي** فبعد أن نقل عن الشافعية اشتراطهم كون الدعوى معلومة قال (غير أن قولهم وقول أصحابنا أن من شرطها -أي الدعوى- أن تكون معلومة فيه نظر، فإن الإنسان لو وجد وثيقة في تركة مورثه، أو أخبره عدل بحق له، فالمنقول جواز الدعوى بمثل هذا، والحلف بمجرده عندنا وعندهم)(١).

وهكذا يرى أن القرافي بنى اعتراضه على اشتراط معلومية المدعى به على مخالفة هذا لما نقل عن المالكية والشافعية من قبول الدعوى بالمجهول في المسألة التي ذكرها. والواقع أن كثيراً من الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية استثنوا من هذا الشرط بعض الحالات، فأجازوا فيها الدعوى بالمجهول، ومنها الحالة التي يكون فيها للمدعي عذر في جهله لما يدعيه، وهذه المسألة التي ذكرها القرافي، وبنى اعتراضه على شرط المعلومية عليها، تدخل تحت هذا الاستثناء، فلا يجوز الاعتراض عليهم بها، ويظل النقل الذي ذكره عن المالكية والشافعية سليماً، لا غبار عليه.

٣- **وأما المازري** فقد نقل عنه غير واحد من علماء المالكية قوله (وعندي أن هذا الطالب لو أيقن بعمارة ذمة المطلوب بشيء وجهل مبلغه وأراد من خصمه أن يجاوبه عن ذلك بإقرار بما ادعى على وجه التفصيل، وذكر المبلغ والجنس لزم المدعى عليه الجواب)(٢).

٤- **وأما البسطامي** فقد صوب ما ذهب إليه المازري، وقوى كلامه بمثل ما تقدم ذكره عن قاضي زاده الحنفي، فقد ورد عنه أنه قال: (وعندي انه -أي الدعوى بالمجهول - صواب، وأنه يلزم المدعى عليه جوابه بإقرار أو إنكار، وبيانه: أنهم قالوا: يقبل الإقرار بشيء، وحينئذ إما أن يقولوا: تقبل الدعوى بشيء أم لا، فإن لم تقبل فلا يلزم بإقراره، وإن قبلت، فهو الذي يقوله المازري، وإن كان احتج بغير ذلك، فإن قلت: إقراره بشيء يلزم تفسيره، فيرجع للتفسير منه أو من غيره إذا تعذر، قلنا: إلزامه بالتفسير فرع إلزامه بالإقرار بشيء، فتأمله)(٣).

---

(١) الفروق: جـ٤ص٧٢، ٧٣.

(٢) انظر:تبصرة الحكام: جـ١ص١٢١ طبع سنة ١٣٠٤هـ، ومواهب الجليل: جـ٦ص١٢٤، وشرح الخرشي، جـ٧ص١٥٤.

(٣) شرح الخرشي: جـ٧ص١٥٤.

٥- **وأما الحطاب** فقد قرر أن مذهب مالك هو صحة الدعوى بالمجهول مستنتجاً ذلك من بعض المسائل المذكورة في المدونة فقال: (ومسائل المدونة وغيرها صريحة في أنه تسمع الدعوى بالمجهول إذا كان لا يعلم قدره)[١].

هذا ما أثاروه من انتقادات حول اشتراط معلومية المدعى به في صحة الدعوى، والواقع أن المناقشة التي أوردها قاضي زاده من علماء الحنفية، والبساطي من المالكية مقبولة من وجهة النظر المنطقية، فإن قبول الدعوى إذا نيط بفائدتها وإمكان إلزام المدعى عليه بشيء فيها لزم الفقهاء أن يقولوا بصحة الدعوى بالمجهول، فإن قيل: ولكنهم لا يقولون بصحة الحكم بالمجهول، أجيب بأن الإقرار يوجب الحق بنفسه ولا يحتاج إلى قضاء[٢]، نعم يحتاج إلى تنفيذ مقتضاه في الحال إن لم يكن هناك مانع من التنفيذ، فإن وجد المانع كان التنفيذ عند زواله[٣]، والتنفيذ ممكن في المجهول، فيؤمر المقر ببيان إقراره بما تحتمله العبارة التي صدرت منه في العرف، فإن امتنع اجبر على ذلك[٤].

غير أنه من المؤكد أن الفقهاء لم يربطوا قبول الدعوى بما فيها من الفائدة للمدعي من حيث الوجود، وإن كانوا قد ربطوها بها من حيث العدم، وهذا يعني أن تحقق الفائدة في الدعوى لا يقتضي صحتها وقبولها، نعم عدم تحققها يقتضي فساد الدعوى لأنها شرط فيها، وهذا هو شأن الشروط، ولكن الفقهاء أناطوا صحة الدعوى بشروط كثيرة ينبغي تحققها جميعها حتى تكون مقبولة، فإن فقدت أو فقد أحدها ردت الدعوى، أو طلب إكمال النقص من المدعي، وذلك حتى ولو كانت مفيدة لصاحبها: ألم يقل الحنفية والمالكية بعدم سماع الدعوى بحق من الحقوق إذا تقادم عليه الزمن؟ ألم يقل معظم الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية، بعدم سماع الدعوى إذا كانت غير محتملة في العرف والعادة؟ ألم يتفق الفقهاء على عدم سماع الدعوى من غير ذي أهلية؟ ألم يذهب كثير من الفقهاء إلى عدم صحة رفع الدعوى على

---

(١) مواهب الجليل: جـ٦ص١٢٥.
(٢) طرق القضاء- أحمد ابراهيم: ص١٥٥.
(٣) مباحث المرافعات: ص٨٦، ٨٧.
(٤) المرجع السابق: ص٩٠.

القاضي أو الشهود بأنه ظلم أو كذبوا؟ أليس في هذه الدعاوى فائدة لمدعيها لو أقر خصومهم؟ بلى إنها جميعها مفيدة، ولكنها غير مقبولة لنقصها من شروط أخرى، ولاعتبارات أخرى. ولكل شرط حكمة اعتبرها الشارع أو أستنبطها الفقهاء، وقد تقدم في مطلع هذا الفصل أن الشروط مكملات للأمور المشروطة لها في نظر الشارع، حتى إذا نقص أحدها نقصت تلك الأمور، وهنا لا شك في أن في اشتراط معلومية المدعى به حكمة وأية حكمة، ومن ابتغى وجهها فلينظر النتائج لو أتيحت الفرصة لكل من أراد الادعاء أن يدعى بشيء من الأشياء من غير تحرير ولا تفصيل في دعواه، ألا يفتح هذا باباً لمن لم يهذب نفوسهم الإيمان والخوف من الله، يدخلون منه لتحقيق نزعة شريرة عندهم؟ ألم يقل المالكية أنفسهم بدفع أمثال هؤلاء إذا لم تثبت مخالطتهم لمن ابتغوا مخاصمتهم برفع الدعاوى عليهم؟، بل إن المفسدة هنا أعم وأشمل، وبابها أوسع، ثم أليس في فتح هذا الباب إرهاق لكاهل القضاء والقضاة بما يكلفون به من البت في قضايا مبهمة؟ ومن جهة أخرى ألا يقدح جهل صاحب الحق بكل ملامح ما يدعيه في احتمال ثبوته؟ ألم يذهب كثير من الفقهاء، ومنهم الحنفية والمالكية، إلى رفض الدعاوى التي يسبق من أصحابها ما يقدح في ثبوتها عندما منعوا أصحاب الحقوق المتقادمة من المطالبة بها، وكذلك عندما منعوا سماع الدعوى التي يتناقض فيها المدعي مع كلام كان قد صدر منه سابقاً؟.

كل تلك المفاسد لا يحول دونها سوى اشتراط معلومية المدعى به في الدعوى، نعم قد يظلم بعض الناس، وقد تهدر بعض المصالح الخاصة، ولكن درء المفاسد أولى من جلب المصالح، فإن من رفع دعوى بحق تقادم في يد خصمه قد يكون صادقاً في دعواه، ومن طالب غيره بحق من غير ثبوت مخالطته له والتعامل معه قد يكون صادقاً أيضاً، وكذلك من رفع دعوى على قاض يطلب فيها رد الظلم الذي أصابه فيما حكم عليه قد يكون صادقاً أيضاً.

ومع ذلك فإن الفقهاء الذين قالوا بهذا الشرط لم يتشددوا في تطبيقه، بل احتاطوا لما يمكن أن يؤدي إليه من المفاسد، **وذلك بأمرين:**

الأمر الأول: أنهم استثنوا منه كثيراً من الحالات، بل وضع بعضهم قواعد كلية لهذه الاستثناءات يندرج تحتها كثير من المسائل، فأجازوا فيها سماع الدعوى بالمجهول لاعتبارات

الحق والمصلحة أيضاً، وسنذكر ذلك في آخر الكلام عن هذا الشرط إن شاء الله تعالى.

الأمر الثاني: أنهم لم يتشددوا في الجزاء الذي رتبوه على فقدان هذا الشرط، فلم يقولوا برد الدعوى كلية إذا كان المدعى به فيها مجهولاً، وإنما جعلوا على القاضي أن يتيح الفرصة للمدعي لإكمال النقص، واستدراك ما فاته في التعريف بالمدعى به، وذلك من غير تكليفه برفع دعوى جديدة، وسيأتي ذكر ذلك قريباً أيضاً.

وهذا الذي ذهبوا إليه من الاحتياط حق أيضاً، فإنه إن كان دفع المفاسد أولى مع جلب المنافع، فإن دفع المفاسد مع جلب المصالح أولى، بل يجب إذا كان ممكناً، وإن كان يرتكب أخف الضررين عندما لا يكون هناك مناص من ارتكاب أحدهما فإن دفع الضررين واجب إذا كان ذلك ممكنا أيضاً.

وهكذا يتبين أن اشتراط معلومية المدعى به حق، لأن نفعه يربو على ضرره، ولا مكان دفع هذا الضرر بما قرره الفقهاء من استثناءات.

ومهما يكن من أمر فقد اتفق الفقهاء على هذا الشرط، وهم بهذا لا يلقون على عاتق القضاء مسئولية البحث والتنقيب عن حدود الشيء المدعى، فكل مدع مكلف بتفصيل دعواه، ومن لم يفعل طلب منه ذلك، فإن لم يفعل اعتبرت دعواه غير صحيحة، وبالتالي غير منتجة لآثارها.

وفقهاء الشريعة بما ذهبوا إليه من اشتراط العلم بالمدعى به يحققون الانسجام بين هذا الاشتراط وما اختاروه من مفهوم للدعوى، فهي عندهم -كما تقدم [1] - قول يقصد به إيجاب حق من الحقوق، فهي تصرف من التصرفات الشرعية، فينبغي أن يكون مضمون هذا التصرف واضحاً في ذهن كل من المدعي ليعلم ما يدعي، وفي ذهن القاضي ليستطيع الحكم، إذ الحكم بالمجهول لا يصح[2]، وفي ذهن المدعى عليه، ليستطيع الدفاع عن نفسه.

---

(١) انظر ص٨٣.

(٢) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٢، الدر المختار وحاشية ابن عابدين: جـ٥ص٥٤٣، حاشية الشلبي جـ٤ص٢٩٢، المهذب: جـ٢ص٣١١، الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٩أ، نيل المآرب: جـ٢ص١٤٣.

حدود هذا الشرط:

إن للمدعى به جوانب متعددة: فهنالك ذات الشيء المدعى، وهذا تختلف حدوده حسب الأحوال، فيفصل فيه بين ما يكون عيناً، وما يكون ديناً، والأول بين ما هو عقار، وما هو منقول، كما أن الدعاوى الأخرى التي يطلب فيها غير العين والدين لها قواعد تختلف في تحديد المدعى به، وذلك كدعوى النسب، ودعوى القول، وغيرهما.

وهناك سبب استحقاق المدعى به، وهو عبارة عن الواقعة الشرعية التي يعتمد عليها المدعي في استحقاق ما يدعيه، وهناك أيضاً شروط هذا السبب، فقد تكون كثيرة ومعقدة، وقد تكون بسيطة وقليلة.

ولهذا التنوع الكثير والاختلاف بين ما يدعى به من الحقوق كان لابد من بيان كيفية العلم بالمدعى به في كل نوع من أنواع الدعاوى، ولكن يحسن بنا قبل الشروع في ذلك أن نقدم بين يدي التفصيل الآتي في كيفية العلم بالمدعى به بقاعدة عامة ذكرها الغزي من علماء الشافعية، حيث قال: (وإنما يقدح في صحة الدعوى جهالة تمنع من استيفاء المحكوم به، وتوجيه المطالبة نحوه، حيث يكون المدعى به مجهولاً، يتردد أن يكون هذا أو ذاك، أما إذا سلم المدعى به من هذا، وكان محصوراً بما يضبط به فلا)[1].

وفيما يلي تفصيل هذا الشرط حسب أنواع الدعاوى المختلفة:

أولاً: كيفية العلم بالمدعى به في دعاوى العين:

المدعى به في دعوى العين إما أن يكون عقاراً، وإما أن يكون منقولاً، ولكل طريقة خاصة في التعريف به:

---

(١) ادب القضاء-الغزي: ق٣أ.

١- في دعوى العقار:

يشترط في هذه الدعوى ذكر ما يميز العقار المدعى عن غيره، واتفقوا على أن ذلك لا يكون إلا بذكر جدوده، وناحيته من البلد الموجود فيها[١]، ولكن بعض الفقهاء اشترطوا تخصيصه بقيود أكثر من هذه، فاشترطوا ذكر الأقسام الإدارية العامة والخاصة التي ينتمي إليها العقار المدعى، مع ذكر جهة الباب الذي يفتح عليها[٢]. وهذا إذا لم يكن مشهوراً، وأما في العقار المشهور فلا يشترط لتحديده غير ذكر اسمه عند جمهور الفقهاء والصاحبين من الحنفية[٣]، وعند الإمام أبي حنيفة لا بد من ذكر الحدود في تعريف العقار سواء أكان مشهوراً أم غير مشهور[٤]. ويمكن بالقياس على العقار المشهور أن يكتفي بذكر ناحية العقار الخاصة إذا كانت مشهورة، وإلا فيذكر القسم الإداري الأعم، ويكتفى به إن كان مشهوراً، ولا يكون عندئذ ضرورة لذكر جميع الأقسام الإدارية العامة إذا كان الأخص مشهوراً لا يحتاج إلى تعريف.

ويشترط في تعريف الحدود عند الحنفية أن يذكر أسماء أصحابها وأنسابهم إلا المشهورين منهم، فيكتَفَى بأسمائهم[٥]، ولكن هل يُكتفى بذكر بعض حدود العقار؟.

الحنفية فقط هم الذين اكتفوا بذكر ثلاثة حدود للعقار، وخالف زفر[٦] في ذلك،

---

(١) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٢، تنوير الأبصار: جـ١ص٣٩١. تبصرة الحكام: ج١ـص١٠٥ طبع سنة١٣٠١هـ، إعانة الطالبين: جـ٤ص٢٤١، المغني لابن قدامة: جـ٩ص٨٥، كشاف القناع: جـ٦ص٢٧٨ طبع سنة ١٣٦٧هـ، البحر الزخار: جـ٤ص٣٩٤ طبع سنة ١٣٦٨هـ.

(٢) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٢، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٩٢، مباحث المرافعات: ص١٦.

(٣) تنوير الأبصار: جـ١ص٣٩١، حاشية الشلبي: جـ٤ص٢٩٢، موجز في المرافعات الشرعية - أحمد ابراهيم: ص١٧، ١٨، مباحث المرافعات: ص١٥، المنهاج مع شرح المحلي: جـ٤ص٣١١، فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ص٢٤٣، كشاف القناع: جـ٦ص٢٧٨، طبع سنة ١٣٦٧هـ.

(٤) تنوير الأبصار والدر المختار: جـ١ص٣٩١، موجز المرافعات الشرعية-احمد ابراهيم- ص١٧، ١٨.

(٥) تنوير الأبصار والدر المختار مع حاشية ابن عابدين: جـ٥ص٥٤٥، الفتاوى الهندية: جـ٤ص٩.

(٦) هو زفر بن الهذيل بن قيس البصري(١١٠-١٥٨هـ)، من أصحاب أبي حنيفة، كان يجله ويقول: هو أقيس أصحابي: جمع بين العلم والعبادة، وكان من أصحاب الحديث، وقد وثقه كثيرون في رواية الحديث - الفوائد البهية : ص٧٥، ٧٦.

فاشترط ذكر جميعها[1]. غير أنهم صرحوا أن الخطأ في ذكر واحد من الحدود الأربعة يجعل الدعوى غير مقبولة، لأن ذلك يورث الشك في معرفة المدعي لما يدعيه، ولعدم انطباق الدعوى على محل النزاع[2]، ولا يقاس على حالة ذكر ثلاثة حدود ابتداء.

وأما بقية المذاهب فقد اشترطوا ذكر جميع حدود العقار، وصرح علماء الشافعية بكفاية الثلاثة إذا كان العقار يتميز بها، بل بكفاية الواحد إذا عرف العقار به، وتميز عن غيره[3].

واستدل الحنفية على جواز الدعوى بذكر ثلاثة حدود فقط أن للأكثر حكم الكل غالباً، ولأن الطول يعرف بذكر الحدين والعرض بأحدهما[4].

وأما جمهور الفقهاء ومنهم زفر فتمسكوا بأن التعريف لا يتم إلا بذكر الحدود الأربعة، على أن المفتى به عند الحنفية هو قول الإمام زفر[5]، ولعل هذا أكثر انسجاما مع ما يقررونه دائماً من أنه يشترط في الدعوى التعريف بالمدعى به بأقصى ما يمكن[6]، وذكر الحدود الأربعة ممكن في الغالب، وقد روي عن الإمام أبي يوسف الاكتفاء بالحدين والحد الواحد[7].

واليوم، وبعد أن أصبح لكل عقار سجل خاص به، تدون فيه جميع المعلومات المتعلقة به، فإنه لا يبعد عن الصواب من ذهب إلى عدم اشتراط كل ذلك في التعريف بالعقار إذا ذكر المدعي رقم السجل المختص به.

---

(١) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٩٢، موجز في المرافعات الشرعية-احمد إبراهيم: ص١٧.
(٢) تنوير الأبصار: جـ١ص٣٩٢-٣٩٤، المادة ١٦٢٤ من مجلة الأحكام العدلية، موجز في المرافعات الشرعية- أحمد إبراهيم: ص١٧، الأصول القضائية: ص١٨.
(٣) تبصرة الحكام: جـ١ص١٠٥ طبع سنة ١٣٠١هـ، نهاية المحتاج: جـ٨ص١١١، فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ص٢٤٣، عماد الرضا ببيان أدب القضا: ق٢أ. كشاف القناع: جـ٦ص٢٧٨، طبع سنة ١٣٦٧هـ.
(٤) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٩٢.
(٥) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٩٢، المنهاج وشرحه للمحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣١١، أدب القضاء-ابن ابي الدم: ق٢٦ب.
(٦) حاشية الشلبي: جـ٤ص٢٩٢.
(٧) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٩٢.

هذه هي الوسائل التي يعلم بها المدعى به إذا كان عقارا، ولكن هذا مقتصر على حالة ما إذا كان العقار بعيداً عن مكان القاضي، فإن كان قريباً منه يكون تعريفه بالإشارة إليه[1]، لأنها ممكنة، فلا يصار إلى أقل منها.

هذا كله بالنسبة لذات العقار، ولكن هل يشترط العلم بسبب استحقاقه لتكون الدعوى صحيحة؟.

ذهب جمهور فقهاء الحنفية، وعموم فقهاء الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يشترط في صحة دعوى العقار ذكر سبب استحقاقه، ويكتفى فيها بذكر حدوده وتعريفها تعريفاً كاملاً[2].

وذهب المتأخرون من مشايخ فرغانة من علماء الحنفية إلى صحة دعوى الملك المطلق في البلاد التي لم يقدم بناؤها، أي حديثه العهد في تأسيسها، فلا يُسأل فيها عن سبب استحقاق العقار، لاحتمال أن المدعي تملكه بسبب الخطة، أي أنه يملكه من الأصل، و لم ينتقل إلى ملكه بسبب من الأسباب الناقلة كالبيع ونحوه، وذلك لقرب عهد تأسيسه، وأما دعوى الملك المطلق في البلاد التي قدم بناؤها، وطال العهد على تأسيسها فلا تصح، وذلك لأن قدم البناء قرينة قاطعة على أن المدعي يدعيه بسبب من الأسباب الناقلة للملكية، لاستحالة كونه تملكه بسبب الخطة لبعد عهدها، فلا يجوز الحكم بالملك المطلق في هذه الحالة، ولا بد من بيان السبب، إذ لا يجوز الحكم بالملك بسبب مجهول، وما دام حدوث السبب متيقناً فيحتمل أن السبب الذي يدعيه باطل، ولا يترتب عليه ملك[3].

وأما المالكية فإنهم يصرحون بوجوب ذكر سبب الاستحقاق ولا يميزون في ذلك بين دعوى العقار وغيرها[4]، بل رأى بعض علمائهم أن القاضي إن لم يسأل عنه وقبل الدعوى

---

(١) اصول استماع الدعوى: ص٥٤، مباحث المرافعات: ص١٥.

(٢) البحر الرائق: جـ٧ص٢٠١، جمع المتفرقات: ق٤٦ب، المادة ١٦٢٧ من مجلة الأحكام العدلية، الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٩أ، كشاف القناع،جـ٦ص٢٧٩ طبع سنة ١٣٦٧هـ.

(٣) البحر الرائق: جـ٧ص٢٠١، جمع المتفرقات: ق٤٦ب، مرآة المجلة: جـ٢ص٣٧٩، ٣٨٠.

(٤) تبصرة الأحكام: جـ١ص١٣٠، ١٣١، شرح الخرشي: جـ٧ص١٥٤، منح الجليل: جـ٤ص١٧٠.

من غير ذلك كان كالخابط خبط عشواء[1]، وعللوا ذلك بأن السبب قد يكـون فاسـداً، فـلا بد من ذكره ليعرف ذلك[2]، ولكن لو ادعى المدعي نسيان السبب لم يكلف ببيانه[3].

٢- في دعوى المنقول:

إن الطريقة التي يعلم بها المدعى به المنقول تختلف في مذهب الحنفية عنها في المذاهب الأخرى: فإن ما ذكر في المذهب الحنفي عن ذلك هو التفصيل بين المنقول القائم والهالك، والمنقول الغائب عن مجلس القضاء، والحاضر فيه:

فأما المنقول القائم الحاضر في مجلس القضاء، فيعلم بالإشارة إليه، لأن هذه الوسيلة ممكنة في هذه الحال، فلا يصار أقل منها[4].

فإن لم تكن العين المنقولة القائمة حاضرة في مجلس القاضي: فإن كان إحضارها إلى مجلس القضاء ميسراً، بحيث لا يكلف نفقة، طلب من المدعى عليه (إذ المفروض أن يكون هو الحائز للعين المدعاة، فإن صاحب اليد هو الخصم في دعوى العين) إحضاره ليشار إليه، فإن كان إحضار المنقول يكلف نفقة معتبرة، فيذهب القاضي أو أمينه إلى مكان وجوده ليشار إليه من قبل المدعي أمامه[5].

---

(١) التاج والإكليل: جـ٦ص١٢٤، تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٥.

(٢) تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٠، ١٣١، العقد المنظم للحكام: جـ٢ص١٩٨، تهذيب الفروق: ج٤ ص١١٤، ١١٥، منح الجليل: ج٤ ص١٧٠.

(٣) العقد المنظم للحكام: جـ٢ص١٩٨، تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٤، ١١٥، ومنح الجليل: جـ٤ص١٧٠، القول المرتضى: ق٢١أ، الطريقة المرضية: ص٢٢.

(٤) الهداية وتكملة فتح القدير: جـ٦ص١٤٢، تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين: جـ٥ص٥٤٤، جامع الفصولين: ج١١ص٧٠، الفتاوى الهندية: جـ٤ص٥، حاشية الشلبي: جـ٤ص٢٩٣، موجز في المرافعات الشرعية- أحمد ابراهيم: ص٢١، المادة ١٦٢٠ من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) تنوير الأبصار: والدر المختار وقرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٥، ٣٨٦، جامع الفصولين: جـ١ص٧٠، الفتاوي الهندية: جـ٤ص٥، مباحث المرافعات: ص١٥.

ويتضح من هذا التفصيل أن وسيلة تعريف المنقول عند الحنفية هي الإشارة فقط، فلا تعرف عندهم بالوصف أو القيمة، لكن هذا مقتصر على الحالة التي يكون فيها المدعى به في يد المدعى عليه، فإن كان لا يدري مكانه اكتفي بذكر القيمة، و لم يكتف فيه بالوصف، لأن العين لا تعرف بالوصف عندهم[1].

وأما المنقول الهالك فيصار في تعريفه إلى ذكر القيمة فقط، لأن عين المدعى به تعذر مشاهدتها، ولا يمكن معرفتها بالوصف، فاشترط بيان القيمة، حيث تعرف بها العين الهالكة[2].

وهذا كله بالنسبة للمنقول القيمي، وأما المثلي فإن دعواه تعتبر دعوى دين في الذمة فيشترط في تعريفه ما يشترط في الدين[3]، وهو ما سيأتي ذكره قريباً.

وأما المذاهب الأخرى فلم تقصر طريقة العلم بالمنقول على الإشارة إليه، إلا إذا كان في مجلس القضاء عندهم جميعاً[4]، أو كان حاضراً في البلد عند الحنابلة[5] أما إذا كان غائباً فإنهم لم يكلفوا من هو في يده إحضاره ليشار إليه، **وإنما يشترطون على المدعي ما يلي:**

أ- إذا كان مثلياً، فيجب على المدعي ذكر وصفه المشروط ذكره في عقد السلم ولا يشترط في هذه الحالة ذكر قيمته، والأحوط ذكرها[6].

ب-وأما إذا كان قيمياً فقالوا: إن كان منضبطاً بالوصف، فيجب وصفه بما ينضبط به،

---

(١) الهداية وتكملة فتح القدير:جـ٦ص١٤٣، جامع الفصولين: جـ١ص٧٠.
(٢) الفتاوي الهندية: جـ٤ص٦، تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين: جـ٥ص٥٤٤.
(٣) الفتاوي الهندية:جـ٤ص٣، ٦.
(٤) أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٢٦أ، المحرر في الفقه: جـ٢ص٢٠٦، كشف المخدرات: ص٥١١.
(٥) منتهى الارادات: القسم الثاني ص٥٩٢، ٥٩٣، الروض الندي: ص٥١٣، نيل المآرب: جـ٢ص١٤٣.
(٦) تبصرة الحكام: جـ١ص١٣١، تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٤، المنهاج وشرح المحلي: جـ٤ص٣٣٦، أدب القضاء-ابن أبي الدم: ق٢٦أ، أدب القضاء- الغزي: ق٢ب، عماد الرضا: ق٢أ، نهاية المحتاج: جـ٨ص١٦٢، المغني لابن قدامة: جـ٩ص٨٤، ٨٥، المحرر في الفقه: جـ٢ص٢٠٦.

وإلا فيجب ذكر قيمته[1].

وهكذا لا خلاف بين ما ذهب إليه الحنفية، وما ذهب إليه الآخرون بالنسبة لدعوى المثلي من حيث طريقة العلم بالمدعى به، ولكن الفرق بين الطرفين يظهر بالنسبة للمنقول القيمي الغائب عن مجلس الحكم، والحاضر فيه يعلم بالإشارة عند الجميع.

هذا وأصل الخلاف في هذه المسألة بين الفريقين هو أن الأعيان القيمية هل تنضبط بالوصف أم لا؟.

فذهب الحنفية إلى أن القيمي لا ينضبط بالوصف، لأن العين قد تشترك مع عين أخرى في الوصف والحلية[2]، وبناء عليه قالوا: لابد من الإشارة في تعريف القيمي، لأن الشك لا ينقطع إلا بها[3].

وذهب غيرهم إلى أن كثيراً من الأعيان القيمية يمكن إن تنضبط بالوصف[4]، وبناء عليه

---

(١) تبصرة الحكام: جـ١ص١٣١، المنهاج وشرح المحلي: جـ٤ص٣٣٦،نهاية المحتاج: جـ٨ص١٦٢،ادب القضاء-الغزي: ق٢ب، عماد الرضا: ق٢أ، اعانة الطالبين: جـ٤ص٢٤١، ترشيح المستفيدين: ص٤٠٧، المغني لابن قدامة: جـ٩ص٨٤، ٨٥، المحرر في الفقه: جـ٢ ص٢٠٦، منتهى الارادات: القسم الثاني ص٥٩٣، كشاف القناع: جـ٤ص٢٠٤.

(٢) ولذلك ذهب الحنفية إلى أن القيمي لا يجوز أن يكون مسلماً فيه - انظر: تحفة الفقهاء: جـ٢ص١٥، وقد ذهب إلى رأي قريب من هذا ابن حزم الظاهري، فلم يجز السلم في غير المكيل والموزون، حيث يقول: (ولا [illegible] السلم إلا في مكيل أو موزون فقط ولا يجوز في حيوان ولا مذروع ولا معدود ولا في شيء غير ما ذكرنا) انظر المحلى: جـ٩ص١٠٥، ١٠٦، فقد تشدد في ذلك أكثر من الحنفية، فإنهم يجيزون السلم في المذروع والعددي المتقارب، ودليل ابن حزم ظاهر قول رسول الله ﷺ (من أسلف فلا يسلف إلا في كيل معلوم) -انظر صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١١ص٤٢، والحنفية ألحقوا الذروع والعددي المتقارب بما ذكر في الحديث الشريف ، وغيرهم ألحقوا بها كل ما يمكن ضبطه بالوصف من القيميات، وفي هذا يقول الغزالي (لا يصح السلم إلا في كل ما ينضبط منه كل وصف تختلف به القيمة اختلافاً ظاهراً لا يتغابن الناس بمثله في السلم) ثم تناول الرافعي هذا النص بالشرح، وبين أسباب تعذر الضبط وأنواع ما لا يضبط، ثم بيّن أنواعا كثيرة يمكن ضبطها مع عدم كونها من المثليات، وهذه الأنواع هي التي خالف أبو حنيفة في إمكان السلم فيها، ومثالها الحيوان واللحم، فقد قال الشافعية وغيرهم بجواز السلم فيها خلافاً لأبي حنيفة - انظر: فتح العزيز شرح الوجيز: جـ٩ص٢٦٨-٣٢٦.

(٣) حاشية الشلبي: جـ٤ص٢٩٣، موجز في المرافعات الشرعية: أحمد ابراهيم: ص٢١.

(٤) انظر الوجيز للغزالي وفتح العزيز: جـ٩ص٢٦٧، وما بعدها، تحفة الطلاب مع حاشية الشرقاوي: جـ٢ص٢٤.

ذهبوا إلى الاكتفاء بوصف مثل هذه الأعيان في الدعوى، ولم يشترطوا إحضارها ليشار إليها.

ولعل فيما ذهب إليه الحنفية دقة أكثر، حيث يشار إلى المدعى به عند الادعاء، والشهادة، والحكم، فيدعي المدعي، فيعلم ما يدعيه لدى المدعى عليه تماماً، ولدى القاضي، فيعرف ما يحكم به، ولدى الشهود، فيتأكدون مما يشهدون عليه.

وأما ما ذهب إليه سائر الفقهاء ففيه تيسير على جميع أطراف القضية: فالمدعي لا يطلب منه المثول مع القاضي أو أمينه إلى مكان العين المدعاة الغائبة عن المجلس ليشير إليها، والمدعى عليه لا يطلب منه إحضار ولا غيره، والقاضي له الاكتفاء بما يذكر من وصف المنقول المدعى به.

العلم بسبب الاستحقاق في دعوى المنقول:

وقد اختلف الفقهاء في وجوب ذكر سبب الاستحقاق في دعوى المنقول على الآراء التالية:

١- فذهب الحنفية إلى التمييز بين دعوى المثلي، ودعوى القيمي، فاشترطوا ذكر سبب الاستحقاق في الأولى دون الثانية، وذلك لاختلاف أحكام الأسباب المرتبة للديون في الذمم، ولأن الأصل براءة الذمم من الديون، فلا بد لصحة دعوى اشتغالها من بيان سبب هذا الاشتغال[1].

٢-وذهب المالكية إلى وجوب ذكر السبب في دعاوى العين، سواء أكانت مثلية أم قيمية، وعلى القاضي أن يسأل المدعي عن سبب استحقاقه للمدعى به، فإن لم يفطن لذلك كان للمدعى عليه أن يوجه هذا السؤال، فإن امتنع المدعي عن ذكره لم يكلف المدعى عليه

---

(١) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٥، جمع المتفرقات: ق١٠ب، الايضاحات الجلية: ص٤٢، موجز في المرافعات الشرعية- أحمد ابراهيم: ص٢١، ٢٢، أصول استماع الدعوى: ص٦٧، ٦٨، مباحث المرافعات: ص١٤، تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين: جـ٥ص٥٤٧.

بالجواب عن الدعوى، وبذلك لا تنتج الدعوى أثرها، وهو وجوب الجواب على الخصم[1]، وعللوا ذلك بأن المدعي قد يكون معتمداً في دعواه على سبب فاسد، كأن يكون ثمن خمر أو خنزير أو ميتة، أو نتيجة حساب، فإن كل هذا لا يصلح سبباً لاستحقاق شيء من الأشياء[2]، ولكنهم قالوا: أن المدعي إذا ادعى نسيان السبب فلا يسأل عنه، ويسأل المطلوب عن الجواب[3]، وهذا ما ذكره كثير منهم، ولكن بعضهم انتقد هذا الاستثناء، ورأى -بحق- أنه يهدم الاشتراط من أوله، لأن كل مدع قد يدعي نسيان السبب، فيفتح باب التخلص من هذا الشرط[4].

٣- وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم اشتراط ذكر سبب الاستحقاق في دعوى المنقول، سواء أكان قيمياً أم مثلياً، وقد عللوا ذلك بتعدد الأسباب وكثرتها، وبأن في إيجاب ذكرها على المدعي حرجاً كبيرا، فيترتب على ذلك ضياع حقوق الناس، فوجب التساهل في ذلك، وعدم اشتراطه[5].

ثانياً: كيفية العلم بالمدعى به في دعوى الدين:

الدين هو ما يكون ثابتاً في الذمة من كل ما يجب أداؤه بوصفه لا بنفسه[6]، غير أن ما يثبت في الذمة بوصفه يختلف باختلاف المذاهب:

١- فعند الحنفية يثبت في الذمة المثليات وما يلحق بها من مذروع وعددي متقارب[7]،

---

(١) تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٠، ١٣١، التاج والإكليل: جـ٦ص١٢٤، شرح الخرشي جـ٧ص١٥٤، العقد المنظم للحكام: جـ٢ص١٩٨، تهذيب الفروق، جـ٤ص١١٤، ١١٥، القول المرتضى: ق٢١أ، منح الجليل: جـ٤ص١٧٠.

(٢) العقد المنظم للحكام: جـ٢ص١٩٨، القول المرتضى: ق٢١أ، منح الجليل: جـ٤ص١٧٠.

(٣) شرح الخرشي: جـ٧ص١٥٤، العقد المنظم للحكام: جـ٢ص١٩٨، تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٥، القول المرتضى: ق٢٠ب، ٢١أ، الطريقة المرضية: ص٢٢.

(٤) القول المرتضى: ق٢١أ.

(٥) المهذب: جـ٢ص٣١١، الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٣ب، ٤٩ أ منتهى الارادات: القسم الثاني ص٥٩٢، شرح المنتهى: جـ٤ص٢٧٦، ٢٧٧، كشاف القناع، جـ٤ص٢٠٤.

(٦) موجز في المرافعات الشرعية-احمد ابراهيم: ص٢٢.

(٧) تحفة الفقهاء: جـ٢ص١٥، جامع الفصولين: جـ١ص٢٢٧.

وذلك إذا كانت واجبة بوصفها لا بعينها، كأن تكون ثمناً لمبيع أو قرضاً أو مسلماً فيه، فلو وجب أداؤها بعينها لم تكن ديناً متعلقاً بالذمة، كأن تكون مبيعاً في غير صرف أو سلم[1].

٢- وأما سائر المذاهب فيتوسعون فيما يثبت في الذمة، فيضيفون إلى ما ذكره الحنفية كل عين يمكن ضبطها بالوصف، كمسلم فيه، ونحوه[2].

وبناء على ذلك فإن دعوى الدين تعني عند الحنفية دعوى المثلي وملحقاته من مذروع ومعدود ومتقارب، وعند الآخرين **يضاف إليها دعوى ما ينضبط بالوصف.**

وإذا عرف هذا فإن كيفية العلم بالمدعي به في دعوى الدين تكون كما يلي:

أ- إذا كان المدعى به نقداً، فيعلم ببيان جنسه ونوعه ووصفه وقدره[3]، وذلك إذا كان في البلد نقود مختلفة، وأما إذا كان هنالك نقد متعارف عليه فلا حاجة لغير ذكر قدره[4]، وفي أيامنا، حيث يتعامل الناس بنقد معروف بينهم، ومفروض عليهم، لا يحتاج المدعي في دعوى النقد إلى ذكر وصفه أو نوعه أو جنسه، ويطلب منه ذكر القدر فقط.

---

(١) فقد جاء في جامع الفصولين: (والكيلي والوزني والعددي المتقارب بين مبيع وثمن، فإن قوبلت بأحد النقدين فهي مبيعة لترجح معنى الثمنية في النقدين، وإن قوبلت بغير النقدين والفلوس، بأن قوبلت بعين، فإن كان الكيلي أو الوزني أو العددي المتقارب متعيناً فهو مبيع ايضاً، ولو غير معين، فإن استعمل استعمال الأثمان فهو ثمن، وإلا كان سلماً) انظر الكتاب المذكور: جـ١ص٢٢٧.

(٢) فتح العزيز: جـ٩ص٢٦٧، وما بعدها، تحفة الطلاب مع حاشية الشرقاوي: جـ٢ص٢٤، ٢٥، ٢٦، كفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي عليه: جـ٢ص١٥٦، المغني لابن قدامة: جـ٩ص٨٤، ٨٥، منتهى الإرادات: القسم الأول ص٣٩١.

(٣) الهداية وتكملة فتح القدير: جـ٦ص١٤١، تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين: جـ٥ص٥٤٧، جمع المتفرقات: ق١٠ب، الفروق: جـ٤ص٧٢، تبصرة الحكام: جـ١ص١٠٥ طبع سنة ١٣٠١هـ، المهذب: جـ٢ص٣١١، المنهاج وشرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٦، ٣٣٧، فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ص٢٤١، ٢٤٢، عماد الرضا ببيان أدب القضا: ق٢أ، ترشيح المستفيدين: ص٤٠٧. المغني لابن قدامة: جـ٩ص٨٥، هذا وبيان الجنس كبيان كونها دنانير أو دراهم، وبيان النوع كبيان كونها مصرية أو مغربية، وبيان الوصف، كبيان كونها صحيحة أو متكسرة.

(٤) جواهر العقود: جـ٢ص٤٩٨، جمع المتفرقات: ق١٠ب.

ب- وإذا كان المدعى به مثلياً (مكيلاً أو موزوناً أو مذروعاً أو معدوداً متقارباً) فيصار في تعريفه إلى مثل ما تقدم بالنسبة للنقد.

جـ- وأما إذا كان المدعى به عيناً قيمية، فقد علم أن دعواها لا تكون دعوى دين في الذمة إلا إذا كانت هالكة، وعليه تعلم عندهم بالإشارة إليها كما تقدم.

وأما عند سائر المذاهب الأخرى، فقد تثبت الأعيان القيمية في الذمة، وذلك إذا كانت تنضبط بالوصف، وعندئذ تعلم عندهم بذكر أوصافها التي تنضبط بها، وهي الأوصاف التي يشترط ذكرها في عقد السلم[1]، وأما مالا ينضبط بالوصف من الأعيان، فيعلم بذكر قيمته إن لم يكن حاضراً في مجلس القضاء، وقد تقدم ذكر ذلك[2].

العلم بسبب الاستحقاق في دعوى الدين:

لم يتفق الفقهاء على اشتراط ذكر سبب الاستحقاق في دعوى الدين، وقد انقسموا في ذلك إلى الفئات التالية:

الفئة الأولى: وهم معظم فقهاء الحنفية ومعظم فقهاء المالكية[3]، فذهبوا إلى وجوب ذكر السبب في دعوى الدين، وإلى أنه يجب على المدعي أن يبين من أي وجه ترتب له الدين

---

(١) الفروق: جـ٤ص٧٢، تبصرة الحكام: ج١ص١٠٥ طبع سنة ١٣٠١هـ، أدب القضاء - الغزي: ق٢ب، ٢أ، فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ص٢٤١، ترشيح المستفيدين: ص٤٠٧، ٤٠٨، المغني لابن قدامة: جـ٩ص٨٤، ٨٥، منتهى الإرادات: القسم الأول ص٣٩١، كشاف القناع: جـ٤ص٢٠٤، شرائع الإسلام: جـ٢ص٢١١، هذا وإن الأوصاف التي يجب ذكرها في عقد السلم تختلف باختلاف أنواع المسلم فيه، وقد ذكر الفقهاء هذه الأوصاف بالنسبة لكل نوع، وفصلوها في كتاب السلم -انظر مثلاً فتح العزيز شرح الوجيز: جـ٩ص٢٦٧.

(٢) انظر ص٣٥٣.

(٣) إلا أن القرافي بعد أن نقل عن الشافعية أنهم لا يوجبون ذكر السبب في الدعوى - وهذا صحيح كما سيأتي في المتن- قرر أن هذا لا يخالفه الأصحاب ولا قواعدهم، ولكني لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب المالكية من لم يصرح بوجوب ذكر سبب الدعوى، سوى القرافي فيما تقدم والحطاب حيث قال (ليس من تمام صحة الدعوى أن يذكر السبب، يؤخذ ذلك من قول المصنف بعد هذا: والمدعى عليه السؤال عن السبب)، انظر: الفروق: ج٤ ١ص٧٢، ومواهب الجليل: ج٦ ١ص١٢٥.

في ذمة المدعى عليه، وهل هو من قرض أو عقد أو إتلاف أو غير ذلك من الأسباب الشرعية[1].

وقد استدلوا على ذلك بالمعقول من وجوه:

١- أن كل دين لا بد لترتبه في الذمة من سبب شرعي، لأن الأصل براءة الذمم من اشتغالها بالديون. فإن كان لا بد من سبب لكل دين فيجب على مدعي الدين بيان سببه، لأن الأسباب تختلف أحكامها، فإن كان سبب الدين عقد السلم مثلاً، فإنه يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء، ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض بخلاف ما إذا كان الدين ثمن مبيع، حيث يجوز الاستبدال به قبل قبضه، ولا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء، وهكذا[2].

٢- إن السبب قد يكون باطلاً، كأن يكون الدين ثمن خمر أو خنزير، أو نتيجة مقامرة، أو غير ذلك، فيحتاج إلى ذكره ليعرف ذلك[3].

٣- ومن جهة أخرى، فإن بعض الأسباب لا يعترف بها الفقهاء، فلا يصح الاعتماد عليها في دعوى الدين، وذلك كأن يدعي عليه ديناً ويقول: انه نتيجة لحساب بينهما، أو يقول: أنه أقر له به، فيدعي عليه بسبب هذا الإقرار[4].

الفئة الثانية: وهم بعض علماء الحنفية، فقد نقل عنهم ابن قاضي سماوة[5] أنهم لا

(١) البحر الرائق: جـ٧ص١٩٥، الفتاوى الهندية: ج٤ص٣، الإيضاحات الجلية، ص٤٢، أصول استماع الدعوى: ص٦٧، موجز في المرافعات الشرعية – أحمد إبراهيم: ص٢٢، تبصرة الحكام: جـ١ص١٠٤، طبع سنة ١٣٠١هـ، شرح الخرشي وحاشية العدوي: ج٧ص١٥٤، تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٥.

(٢) انظر: جامع الفصولين:جـ١ص٧٣، موجز في المرافعات الشرعية–احمد ابراهيم:ص٢١.

(٣) تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٥.

(٤) الفتاوي الهندية: جـ٤ص٣، جامع الفصولين: جـ١ص٨٤، الايضاحات الجلية: ص٤٤، جمع المتفرقات في الدعاوي والبينات: ق٢٥أ، أصول استماع الدعوى: ص٦٨.

(٥) هو الشيخ بدر الدين محمود بن اسرائيل بن عبد العزيز الشهير بابن قاضي سماوة، ولد في قلعة سماوة من بلاد الروم، ارتحل إلى مصر، وبرع في جميع العلوم، ومن تصانيفه: لطائف الإشارات في الفقه، وجامع الفصولين، توفي سنة ٨١٨هـ –التعليقات السنية: ص١٢٧.

يقولون بوجوب ذكر سبب الاستحقاق في دعوى الدين إلا إذا كان المدعى به من النقود التي انقطعت عن التعامل بها، فقد ذكر في «جامع الفصولين» عن بعض علماء الحنفية ما نصه: (في دعوى الغطارفة والعدالى والفلوس[1] لا بد من بيان السبب بخلاف سائر الدعاوى من دعوى الأملاك والأعيان والكيلي والوزني والذهب والفضة، فإنه لا يحتاج إلى ذكر السبب، ولا فرق بين ذكره وتركه بخلاف الغطارفة والعدالى والفلوس، لأنه يجوز أن يكون بسبب البيع، و لم يقبض الغطارفة حتى كسدت فيفسد البيع)[2].

الفئة الثالثة: وذهب بعض الحنفية أيضاً إلى أنه لا يشترط بيان السبب في دعوى الدين إلا في حالة واحدة، وهي حالة دعوى المرأة الدين في تركة زوجها، وعللوا ذلك بأن المدعية قد تظن أن النفقة تصلح سبباً لإيجاب الدين في جميع الحالات، مع أنها لا تصلح لذلك بعد وفاة الزوج[3]، وعللوا عدم اشتراط ذكر السبب في غير هذه الحالة بأن المدعي قد يستحي من ذكر السبب، فلا يجوز أن يدخل في الحرج[4]، وبأن هناك بعض الأسباب لا يمكن بيانها، وذلك كما إذا انتقل إلى المدعي سند دين من مورثه، وكان سبب الدين غير مذكور في السند، والمدعي لا يعرفه[5].

الفئة الرابعة: وهم الشافعية والحنابلة والإمامية، فقد ذهبوا إلى أن دعوى الدين تكون صحيحة، ولو لم يذكر فيها سبب استحقاق الدين المدعى[6]، واستدلوا بما يلي:

١- إن أسباب الملك تكون من جهات شتى، يكثر عددها، لأنه قد يملك بالإرث

---

(١) الغطارفة والعدالى والفلوس أنواع من النقد مضروبة من جملة مواد كالذهب والفضة والحديد والرصاص والنحاس، وبعضها منسوب إلى الحاكم الذي أمر بضربها -انظر: اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية على جامع الفصولين: جـ١ص٧٦.

(٢) جامع الفصولين: جـ١ص٧٦.

(٣) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٩٩، جمع المتفرقات: ق١٠ب.

(٤) جمع المتفرقات: ق١٠ب، جواهر العقود: جـ٢ص٤٩٩.

(٥) اصول استماع الدعوى: ص٦٨.

(٦) المهذب: جـ٢ص٣١١،الحاوي الكبير: ق٤٣ب، ٤٩أ، اعانة الطالبين: جـ٤ص٢٤٣، منتهى الارادات: القسم الثاني: ص٥٩٢، شرائع الإسلام: جـ٢ص٢٢٣.

والابتياع والهبة والوصية، وغير ذلك من الوجوه، فسقط وجوب الكشف عن سببها لكثرتها واختلافها[1].

٢- أن المدعي قد يتضرر من هذا الشرط، بإجباره على ذكر سر يتحرج من ذكره ثم انه قد لا يعلم سبب الدين كما تقدم قبل قليل.

ثالثاً: كيفية العلم بالمدعى به في الدعاوى الأخرى:

إن الدعاوى ليست مقتصرة على النوعين السابقين(دعوى العين، ودعوى الدين)، ولكنها متعددة بتعدد المدعى به، وهذا قد يكون فعلاً كالغصب والسرقة والقتل، وقد يكون عقداً أو قولاً كالطلاق، أو نسباً، أو إرثاً أو وقفاً، أو إبراء، أو حقاً كحق الحضانة وضم الصغير إلى العصبة بعد انتهاء مدتها، أو حق الشرب أو المسيل وغير ذلك كثير، وفي كل دعوى من هذه الدعاوى يشترط العلم بالمدعى به بأقصى ما يمكن به الإعلام، ووضع قاعدة عامة في كيفية تحقيق هذا الشرط في هذه الدعاوى أمر صعب، وربما كان غير ممكن، لاختلاف مواضيعها، اللهم إلا القول بأن المدعي في كل من هذه الدعاوى ينبغي عليه تحديد مدعاه بشكل يميزه عن غيره. وبالرغم من ذلك نشير فيما يلي إلى بعض الأحكام المتعلقة ببعض أنواع الدعاوى:

١- في دعوى العقد:

فقد اختلف الفقهاء: هل ينبغي ذكر جميع شروط العقد في دعواه أم لا؟

أ- فوضع معظم الحنفية قاعدة عامة بهذا الخصوص، فقالوا: يشترط في الدعوى بيان شروط كل سبب له شرائط كثيرة ومعقدة، وأما غير ذلك، فلا يشترط فيه ذلك[2] فقالوا

---

(١) المهذب: ج٢ص٣١١، الحاوي الكبير: ق٤٣ب، ٤٩أ.

(٢) البحر الرائق: ج٧ص١٩٥،منحة الخالق: ج٧ص١٩٥، معين الحكام، ص٥٥،٥٦.

مثلاً: يشترط ذكر شروط النكاح والسلم في دعواهما[1].

ومن جهة أخرى اشترط كثير منهم ذكر الطوع والرغبة في العقود المختلفة[2]، وخالف آخرون، لأن الظاهر بين الناس هو الطوع، والإكراه نادر لا حكم له[3].

ب- وأما المالكية فلم يشترطوا في دعوى العقد، مهما كان، ذكر شروطه، وذلك لأن ظاهر عقود المسلمين الصحة، فتحمل الدعوى على الصحيح، ولا يشترط ذكر شروطه[4].

جـ- وذهب علماء الشافعية إلى عدم اشتراط ذكر شروط العقد في دعواه[5]، إلا إذا كان هذا العقد خطيرا له أوضاع خاصة، وهذا هو عقد الزواج، فقد طالبوا المدعي في دعواه بذكر شرط حضور الشاهدين وولي المرأة ورضاها[6]، وهذا منقول عن الإمام الشافعي، ولكن بعض فقهاء الشافعية حملوه على الاستحباب، وأكثرهم حملوه على الوجوب[7]، ثم من حمله على الوجوب استدل بما يلي:

- بأن الفائت في الزواج بالحكم الخاطئ لا يعوض، خلافاً للعقود الأخرى، فإنها أقل خطراً، وأما النكاح فأمره خطير، فأشبهت دعواه دعوى القتل، حيث اتفق على وجوب ذكر شروطه من عمدية وغيرها، فكذلك دعوى النكاح لا تصح إلا بذكر شروطه[8].

- وبأن الاختلاف في عقد النكاح أكثر منه في أي عقد آخر.

- وبأن رسول الله ﷺ خصه من بين سائر العقود فقال (لا نكاح إلا بولي

(١) موجز في المرافعات الشرعية-احمد ابراهيم:ص٢٤.
(٢) البحر الرائق: جـ٧ص٢٠٢، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٩٩، جمع المتفرقات: ق٥٩ب.
(٣) جمع المتفرقات: ق٢٥أ.
(٤) الفروق: جـ٤ص٧٣، تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٦، القول المرتضى:ق٢١.
(٥) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني: جـ١٠ص٢٩٩، فتح المعين واعانة الطالبين جـ٤ص٢٤٣.
(٦) المهذب: جـ٢ص٣١١، المنهاج وشرحه للمحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣٣٦، ٣٣٧، نهاية المحتاج: جـ٨ص١٦٣، فتح المعين واعانة الطالبين: جـ٤ص٢٤٣.
(٧) انظر: المراجع السابقة.
(٨) المهذب: جـ٢ص٣١١، المنهاج مع شرح المحلي: جـ٤ص٣٣٦، الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٩ب.

وشاهدين)[1]، ولولا هذا التخصيص لكان كغيره[2].

وأما الذي حملوا ما نقل عن الإمام الشافعي على الاستحباب، فاستدلوا بما يلي:

- بالقياس على بقية العقود: فإن الإمام رضي الله تعالى عنه لم يشترط في دعواها ذكر شروطها، بالرغم من وجود شروط كثيرة مختلف فيها[3].

- وقاسوا أيضاً الشروط التي قيل بوجوب ذكرها في دعوى عقد النكاح على تلك الشروط التي لم يجب، فلعقد النكاح شروط أخرى غير ما ذكر، كعدم الردة، وعدم كون المرأة في عدتها، أو إحرامها، وغير ذلك، فلمّا لم تعتبر في النكاح هذه الشروط السلبية، لم تعتبر تلك الشروط الإيجابية المذكورة، لعدم الفرق[4].

د- وذهب الحنابلة إلى وجوب ذكر شروط العقد في دعواه، مهما كان، ولم يفرقوا بين عقد النكاح وغيره، ولا بين ما هو معقد الشروط وما هو بسيطها[5].

٢- في الدعاوى الجنائية:

ولم يختلف الفقهاء في وجوب ذكر السبب في الدعاوى الجنائية، فيجب ذكره وذكر شروطه وأوصافه أيضاً، ففي دعوى القتل مثلاً، يشترط ذكر القتل وهل هو عن عمد أو عن

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن عن عمران بن الحصين وعائشة، والطبراني في الكبير عن أبي موسى -انظر الفتح الكبير: جـ٣ص٣٤٩، الكنز الثمين: ص٦٥٢، وقال عنه ابن حجر: رواه أحمد والدارقطني والطبراني والبيهقي من حديث الحسن عن عمران بن حصين، وفي اسناده عبدالله بن محرز، وهو متروك ورواه الشافعي مرسلاً- تلخيص الحبير: جـ٣ص١٥٦، وهو عند أبي داود بلفظ «لا نكاح إلا بولي» عن أبي موسى الأشعري - معالم السنن: جـ٣ص١٩٨، ومثله عند ابن الجارود في المنتقى: ص٣٢٣.

(٢) الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٩ب.

(٣) المرجع السابق، نهاية المحتاج: جـ٨ص١٦٣.

(٤) الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٩أ.

(٥) منتهى الارادات: القسم الثاني ص٥٩٣، غاية المنتهى: جـ٣ص٤٤٩.

خطأ[1]، وإلا فإن الدعوى لا تكون صحيحة حتى يصححها صاحبها، وسبب ذلك أن الفائت بالقتل ونحوه من الجنايات لا يعوض، وقد يحكم بشيء لا يمكن رده بعد الحكم، ولأن الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى تتعلق بالأسس التي جاء الإسلام لحفظها، وهي: الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فلا يجوز التهاون في أمرها، ثم إن هذه الأمور تدفع بالشبهات، وعدم التفصيل في دعواها يورث شبهة، فلا تقبل.

٣- في دعوى الإرث:

وقالوا: لا بد في دعوى الإرث من ذكر سببه، فيذكر من أي جهة استحق الإرث من الميت[2].

٤- وبالنسبة لدعوى ماله ذكر وأنثى قال بعضهم: لا بد من ذكر صفة الأنوثة والذكورة في الدعوى[3].

الاستثناءات الواردة على شرط المعلومية:

تقدم أن المقصود باشتراط العلم بالمدعى به في الدعوى هو تحقيق مقصود مشروعية الدعوى، من فصل للمنازعة، والإلزام بالحق، ولذها فإنا نرى الفقهاء يتساهلون في هذا الشرط في كل مرة يتحقق هذا المقصود بدونه، وذلك في كثير من الاستثناءات، وقد حاول كثير منهم وضع ضوابط لهذه الاستثناءات، إلا انهم اختلفوا في معظمها، وفيما يلي نذكر بعض الضوابط المذكورة في هذا الصدد، **وبعض المسائل التي يجوز فيها**

---

(١) الفروق: جـ٤ص٧٢، منتهى الارادات: القسم الثاني ص٥٩٤، شرائع الاسلام: جـ٢ص٢٢٣، جواهر العقود: جـ٢ص٤٩٩.

(٢) منتهى الارادات: القسم الثاني ص٥٩٤، كشف المخدرات: ص٥١٠.

(٣) الهداية وتكملة فتح القدير: جـ٦ص١٤٣، تنوير الأبصار والدر المختار وقرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٨، ٣٨٩، جامع الفصولين: جـ١ص٧١، الفتاوى الهندية: جـ٤ص٦ تبصرة الحكام: جـ١ص١٠٥ طبع سنة ١٣٠١هـ.

الدعوى بالمجهول:

أولاً: ذكر ابن رجب[1] الحنبلي ضابطاً لما يصح الدعوى به مجهولاً، وهو أن الدعوى بالمجهول تقبل إذا كان المدعى به فيها مما يصح وقوع العقد عليه مبهماً[2]، وذلك كالوصية، فإنه لما جاز أن يكون الموصى به مجهولاً جاز كذلك الدعوى بالوصية المجهولة.

ثانياً: وقال بعض علماء الشافعية: يجوز الدعوى بالمجهول إذا كان المطلوب فيها موقوفاً على تقدير القاضي[3]، وذلك كالمفوضة[4] التي تطلب المهر، وقال بعضهم يجوز الدعوى بالمجهول إذا كان منضبطاً في الشرع[5].

ثالثاً: وقال المالكية: إذا وجد هنالك عذر للمدعي في جهله بما يدعيه، قبلت دعواه، وذلك كدعوى شخص نصيباً من وقف كثر مستحقوه، فانه يعذر لغلبة الجهل بكيفية قسمة الأوقاف[6].

رابعاً: وذكر بعض المحدثين أن دعاوى الإسقاط لا يشترط فيها تفصيل المدعى به، لأن الجهالة إنما تضر عند التسليم والتسلم، إذ هناك يكون النزاع، وأما في الإسقاط فلا نزاع إذ المسقط ساقط على كل حال، سواء أكان قليلاً أم كثيراً، معلوماً أم مجهولاً[7]، ولهذا أجاز الحنفية دعوى الإبراء العام، وإن كان مجهولاً، لأن الإبراء إسقاط، والجهالة لا تضر فيه[8].

---

(١) هو عبدالرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي الحنبلي (٧٠٦-٧٩٥هـ) صنف شرح الترمذي، وقطعة من البخاري، وذيل الطبقات للحنابلة، واللطائف في وظائف الأيام، والقواعد الفقهية -الدرر الكامنة: جـ٢ص٤٢٨، ٤٢٩.

(٢) القواعد لابن رجب: ص٣٣٣،٣٣٤ وانظر قريباً من ذلك المغني لابن قدامة جـ٩ص٨٤، ٨٥.

(٣) أدب القضاء- الغزي: ق٢ب، عماد الرضا ببيان أدب القضا: ق٣أ.

(٤) التفويض في النكاح معناه: اخلاء النكاح عن المهر وتفويض ذلك إلى الولي أو الزوج وحكمه وجوب مهر المثل للمفوضة -انظر مغني المحتاج: جـ٣ص٢٢٩، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٥) تحفة المحتاج جـ١٠ص٢٩٥.

(٦) الفروق: جـ٤ص٧٣، الطريقة المرضية: ص١٤.

(٧) موجز في المرافعات الشرعية - أحمد ابراهيم: ص١٤.

(٨) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٠، ٣٨١، موجز في المرافعات الشرعية- أحمد إبراهيم: ص١٤، أصول استماع الدعوى: ص٥٣، مباحث المرافعات: ص١٧.

خامساً: وذهب الحنفية والمالكية وبعض الشافعية ومعظم الحنابلة إلى جواز دعوى الإقرار بالمجهول[1]، لأن الإقرار أخبار عن الوجوب في الذمة، فيجوز الدعوى به مجهولاً، وعلى المدعى عليه بيان ما أخبر عن وجوبه في ذمته[2]. وقد قاسه بعض الشافعية على دعوى الوصية بالمجهول[3]، فهذه إنما جازت وقبلت لأن الوصية بالمجهول جائزة، فكذلك دعوى الإقرار بالمجهول، تجوز، لأن الإقرار بالمجهول جائز.

ولكن بعض الحنابلة رفض هذا الاستثناء بشدة وقال: إن دعوى الإقرار بالمعلوم لا تصح، لأنه ليس بالحق، ولا موجبة، فكيف بالمجهول[4]؟.

وقد فرق القاضي ابن أبي الدم بين الإقرار والوصية بأن الوصية إنشاء صادر عن غير المدعي يرتب له حقاً من الحقوق، ولا سبيل إلى معرفته، لأن الذي أنشأه مضى عن مجال المعرفة وأما الإقرار فهو إخبار، والخبر يتوصل إلى معرفته بوسائل متعددة، فلا يعذر مدعيه، كما يعذر مدعي الوصية المجهولة[5].

سادساً: وذهب الحنفية وبعض علماء الشافعية أيضاً إلى جواز الدعوى بالمجهول في حالة الغصب، وعللوا ذلك بأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله المغصوب[6]، فإن الغصب كثيراً ما يحدث ولا يتمكن الشهود من معاينة المغصوب، وقد يقولون: رأينا فلاناً يغصب مال فلان ولا ندري قيمة ما غصب، فيقبل ذلك منهم ولا يشترط التحديد.

---

(١) حاشية ابن عابدين: جـ٥ص٥٤٥، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٠، تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٦، أدب القضاء-الغزي: ق٢ب، ٣أ، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٥، المغني لابن قدامة: جـ٩ص٨٤، ٨٥، منتهى الارادات: القسم الثاني ص٥٩٢، جواهر العقود: جـ٢ص٤٩٨، ٤٩٩،المادة ١٥٧٩ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) موجز في المرافعات الشرعية – أحمد إبراهيم: ص١٤، ١٥.

(٣) أدب القضاء-ابن أبي الدم: ق٢٧أ، ٢٧ب، ٢٨أ.

(٤) القواعد لابن رجب الحنبلي: ص٣٣٣.

(٥) أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٢٨أ.

(٦) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: جـ٥ص٥٤٤، ٥٤٥، أدب القضاء-الغزي: ق٢ب، ٣أ.

سابعاً: وذهب الحنفية أيضاً إلى جواز دعوى الرهن المجهول، ويكون القول في بيانه للمرتهن[1].

هذا وقد ذكر الحنفية أن فائدة تصحيح الدعوى بالمغصوب والرهن المجهولين هي توجّه اليمين على الخصم إذا أنكر، و لم يكن للمدعي بينة، والجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين[2]، وأما إذا كان للمدعي بينة فإن عامة المشايخ على أن هذه الدعوى والبينة تقبل، ولكن في حق الحبس، لا في حق الحكم بالمدعى به، وقدر الحبس- عند بعضهم- بشهرين[3]: أي يحبس كل من الغاصب والمرتهن إلى أن يبينا قيمة المغصوب والرهن، فيقضي عليهما بالقيمة، بالرد أن كانا غير هالكين. ويرى بعض المحدثين أن تقييد الحبس بالشهرين غير جار على أصل أبي حنيفة في التقديرات، لأن مقتضاه أن يوكل الأمر إلى القاضي في ذلك، فيقدر حسب الحاجة[4].

وقد أورد قاضي زاده على ما ذكر من فائدة الدعوى بالغصب والرهن المجهولين أن ذلك جار في جميع صور دعوى المجهول، فيقتضي هذا صحة دعوى المجهول مطلقاً، لأن الفائدة متحققة في جميعها، وهو مخالف لما ذهبوا إليه من عدم صحة دعوى المجهول في غير المستثنيات، ولذلك قيل: أن الفائدة ليست ما ذكر، وإنما لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به، إذ يتعذر عليه الوصول إلى حقه[5] واعترض على هذا أيضاً بأن مثل هذه العلة متحقق في غير هذه الصورة من صور الدعوى بالمجهول، وذلك كما إذا كان لمورث رجل ديون في ذمم الناس و لم يعرف الوارث تلك الديون ولا قدرها، فلو كلف الوارث ببيان جنس تلك الديون وقدرها في الدعوى لتضرر به، لأنه إذا كان الإنسان

---

(١) حاشية ابن عابدين: جـ٥ص٥٤٥، قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٦، موجز في المرافعات الشرعية- أحمد ابراهيم: ص١٥، المادة١٦٢١ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) حاشية ابن عابدين:جـ٥ص٥٤٥، صرة الفتاوي: ق٢٨٦ب.

(٣) موجز في المرافعات الشرعية- احمد ابراهيم: ص١٥.

(٤) المرجع السابق.

(٥) صرة الفتاوي: ق٢٨٦ب، موجز في المرافعات الشرعية-احمد ابراهيم:ص١٥.

ربما لا يعرف قيمة مال نفسه فبالأولى أن لا يعرف قدر مال مورثه أو جنسه، فينبغي إن تصح دعوى تلك الديون المجهولة، ولكن لم يقل به أحد[1].

الرأي المختار فيما ذكر من الاستثناءات:

والذي يحدد الرأي في تلك القضية مايلي:

اولاً: أن الشارع إذا اعترف بحق، فلا بد أنه شرع من أجل المحافظة عليه دعوى تصونه، وتجعله محمياً من أي اعتداء، وهذه القاعدة تؤيدها المبادىء العامة في الشريعة، والتي تقضي أنّ في الإسلام نظاماً دنيوياً محمياً بالمؤيدات الشرعية التي يتولى تنفيذها ولي الأمر أو من ينوب عنه، وإذا سلمت هذه القاعدة أمكن تبرير بعض ما ذكر من الصور التي يجوز فيها الدعوى بالمجهول.

١- فقد أجاز الفقهاء للشخص أن يوصي بما هو مجهول لمن يريد في الحدود المسموح بها شرعاً، فإن كان هذا حقاً من حقوقه، فإن كمال هذا الحق يكون بحمايته، فكان لا بد من إجازة الدعوى بالوصية المجهولة، لاعطاء هذا الحق معناه الصحيح.

٢- وكذلك الإبراء العام: فإن من قال بصحته لزمه أن يقول بصحة دعواه، أو بصحة الدفع به إذا اقتضى الأمر، وإلا لما كان للقول بصحته أي معنى.

٣- وأما الإقرار بالمجهول ففيه تفصيل ينبغي ذكره والتنبيه عليه:

وهو أن الذين قالوا بجواز دعوى الإقرار بالمجهول إذا قصدوا بذلك (أن الشخص يدعي حقاً على آخر بسبب من الأسباب المشروعة، وأنه أقر به): أي أنه لم يجعل الإقرار في دعواه لا مدعى به ولا سبباً لما يدعيه، فهذا أمر معقول.

ولكنهم إذا قصدوا بذلك أن المدعي جعل الإقرار بالمجهول مدعى به في دعواه، أو سبباً

---

(١) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٨٦، موجز في المرافعات الشرعية–احمد ابراهيم: ص١٥.

للحق الذي يدعيه، فإن هذا يتناقض مع ما قرروه من أن الإقرار ليس حقاً يدعى، ولا يصلح أن يكون سبباً لحق يدعى، ولنضرب مثلاً يوضح ذلك:

لو أن شخصاً ادعى أن له على آخر مبلغاً مجهولاً من المال، **فإنه يتصور في الصيغة التي يذكرها في دعواه ثلاث صور:**

الصورة الأولى: أن يقول: أدعي على فلان مبلغاً من المال بسبب قرض مثلاً، وأنه أقر لي بذلك، فهذه الصورة هي التي ينبغي أن يحمل عليها ما قالوه من صحة دعوى الإقرار بالمجهول، ولعلهم ذهبوا إلى ذلك لما أن الدعوى بالمجهول تكون ذات فائدة على فرض إقرار الخصم- وهو ما قاله البساطي وقاضي زاده فيما تقدم ذكره - وإنما منعوها لأن هذه الفائدة بعيدة الاحتمال، فإذا صرح المدعي في دعواه بأن خصمه أقر له بما يدعيه فقد قرب ذلك الاحتمال وأصبح جديراً بالاعتبار، فتسمع الدعوى.

الصورة الثانية: أن يقول المدعي: أدعي على فلان أنه أقر لي بمبلغ من المال في ذمته، أي أنه جعل المدعى به في دعواه إقرار خصمه بمبلغ من المال.

الصورة الثالثة: أن يقول: أدعي على فلان مبلغاً من المال لأنه أقر لي به أو بسبب إقراره لي به، أي أنه جعل سبب استحقاقه للمبلغ إقرار خصمه. فهذه الصورة والتي قبلها لا ينبغي أن يحمل عليهما ما قالوه من جواز دعوى الإقرار بالمجهول، لأن المدعي فيهما قد جعل المدعى به إما الإقرار ذاته كما في الأولى، وإما حقاً وصرح أنه استحقه بسبب إقرار خصمه له به، والفقهاء يصرحون بأن الإقرار ليس حقاً ولا يصلح سبباً لحق، حتى ولو كان معلوماً، فكيف إذا كان مجهولاً؟ وفي ذلك يقول الشيخ محمود بن إسرائيل في جامع الفصولين: (قول عامة المشايخ على أن دعوى الأعيان والأموال بسبب الإقرار لا تصح، لأن نفس الإقرار لا يصلح سبباً للاستحقاق، فإن الإقرار كاذباً لا يثبت الاستحقاق للمقر له، فقد أضاف

الاستحقاق إلى ما لا يصلح سبباً له)[1]، ويقول فيه أيضاً ابن الغرس[2] في «الفواكـه البدريـة» ما نصه: (فعللته أي بطلان دعوى الإقرار بالمعلوم- بما ذكره مشايخنا بـأن الإقـرار إخبـار، لا سبب لزوم المقر بـه على المقر، والمفروض أن المدعي علل وجوب المدعى به على المقر بالإقرار، فكأنه قال: أطالبه بما لا سبب لوجوبه عليه أو لزومه إلا إقراره، وهذا كلام باطل)[3]، ثم نقله عن الشافعية وقرر أنه مقتضى فروعهم[4]. ونقل ابن رجب الحنبلي عن صاحب الترغيب قوله (وألحق أصحابنا الإقرار بذلك- أي بما تصح دعواه مجهولاً- -قال- أي صاحب الترغيب -والصحيح عندي أن دعوى الإقرار بالمعلوم لا يصح، لأنه ليس بالحق ولا موجبه فكيف بالمجهول؟)[5].

ثانياً- إن الشريعة تدل في روحها -كما يؤخذ ذلك من بعض المسائل- أنها تعذر الجاهل في كثير من الأحوال، وانطلاقاً من هذه الروح يمكن ترجيح ما ذهب إليه المالكية من إجازة الدعوى بالمجهول إذا كان المدعي معذوراً في جهله، ولعل من المستحسن أن يترك أمر ذلك للقاضي، يقدر إن كان عذر المدعي مقبولاً أو لا.

وبناء على هذه القاعدة يمكن ترجيح قول الذين قالوا بصحة الدعوى بالغصب المجهول، لأن المدعي معذور في جهله، وخصوصاً أن الغاصب عندما يفعل فعلته لا يقوم بعقد اتفاق مع المغصوب منه يحدد ما يغصب منه، وإنما يحرص أن لا يراه أحد فيشهد عليه، ويقوم بعمليته بأسرع ما يمكن.

---

(١) جامع الفصولين: جـ١ص٨٤، وما ذكر في المتن خاص بالدعوى الأصلية، وأما الدفع بالإقرار فإن عامة مشايخ الحنفية يجيزونه، حتى لو برهن المدعى عليه أن المدعي أقر أنه لا حق له عليه، أو أن المدعي أقر أن هذا ملك المدعى عليه، صح منه هذا الدفع عند عامتهم- انظر: المرجع السابق.

(٢) هو محمّد بن محمّد بن خليل بن الغرس (٨٣٣-٨٩٤هـ): من فقهاء الحنفية مولده ووفاته بالقاهرة، كان غاية في الذكاء، له كتب منها «الفواكه البدرية في الأقضية الحكمية» الضوء اللامع: جـ٩ص٢٢٠، ٢٢١.

(٣) الفواكه البدرية: ص١٤١.

(٤) المرجع السابق: ص١٤٣.

(٥) القواعد لابن رجب: ص٣٣٣.

ولو أنهم قالوا بصحة دعوى الوارث بدين كان لمورثه ولا يعرف مقداره، لما خرجوا عن تلك الروح التي ذكرناها ولحققوا مقتضاها، وقد جعل الحنفية وغيرهم الإرث من مواضع الخفاء التي لا يؤثر فيها التناقض على صحة الدعوى، فقبلوا دعوى المتناقض في كثير من مسائله كما سيأتي في المبحث الثاني من هذا الفصل ان شاء اللّه تعالى، ولوأنهم قالوا هنا ما قالوه هناك لكان أحسن.

وأما بالنسبة لدعوى الرهن المجهول التي قبلها الحنفية، فلم يذكروا تعليلاً لجعلها من جملة المستثنيات من شرط العلم بالمدعى به. والحق أنه لا يوجد وجه ظاهر لاعفاء المدعي في هذه الدعوى من تعريف مدعاه وتحرير دعواه، فإن الرهن عقد مشروع يتاح فيه للراهن أن يعرف ماله المرهون، وأن يشهد عليه، فليس له عذر في جهله بالمدعى به.

ثالثاً: وأما ما قيل بأنه يتسثنى من شرط المعلومية دعوى ما هو منضبط شرعاً فالظاهر أن ذلك ليس استثناء من الشرط المذكور، لأن دعوى ما هو معروف في الشرع هي دعوى معلوم في الواقع ونفس الأمر، لأنه محدد في الشرع ولو بصورة مجملة، وما على القاضي إلا الرجوع إلى قواعد الشرع وأحكامه ليعرف ما ينبغي أن يحكم به، فلو أراد شخص أن يطلب نصيبه من تركة قريب، اكتفي منه ببيان سبب الإرث وجهته، وأما مقداره فالقاضي يرجع في تحديده إلى أحكام الإرث وقواعده.

وأما ما يتوقف معرفته على تقدير القاضي من غير أن يكون له مقدار محدد في الشرع فالواقع أن المدعي فيه معذور، بل ليس له أن يحدد فيه مقدار ما يدعيه بشكل قاطع، فليس للمفوضة أن تطلب في عوى المهر مقداراً محدداً، لأن حقها لو ثبت يقدره القاضي بمهر المثل، وليس لمن يطلب النفقة من قريب أو زوج ان يذكر مبلغاً محدداً، لأن القاضي هو الذي يحدد ذلك وهو من اختصاصه.

الجزاء الذي رتبه الفقهاء على تخلف شرط المعلومية:

لم يختلف الذين اشترطوا العلم بالمدعى به في أن الدعوى إن لم يتوفر فيها هذا الشرط لم

يترتب عليها حكمها، وهو وجوب الجواب على المدعى عليه، فله الحق عندئذ أن يمتنع عن الجواب، ولا يجوز للقاضي اجباره على ذلك. ولكنهم اتفقوا أيضاً على أن القاضي لا يرد المدعي فوراً، ولا يخرجه من مجلسه، وإنما يطالبه بتصحيح دعواه بإكمالها بأن يذكر المدعى به مفصلاً، فإن أصر على عدم ذكر ذلك أو عرف مدعاه تعريفاً ناقصاً، بأن أهمل بعض حدوده إن كان عقاراً، أو أهمل ذكر سبب استحقاقه ان كان مما يشترط فيه ذكره، أو نحو ذلك، و لم يكمل النقص بعد ان طلب منه ذلك، ردت دعواه إلى أن يقدم قضيته مستكملة شروطها ومنها شرط تعريف المدعى به تعريفاً كافياً. وأما إذا اكملها في الجلسة بعد أن طلب منه ذلك صحت دعواه، وترتب عليها أثرها، فيطالب المدعى عليه بالجواب، إما بالإقرار وإما بالإنكار[1]، وفي ذلك نقل ابن فرحون عن ابن سهل[2] قوله: (اذا نقص المدعي من دعواه ما فيه بيان مطلبه أمره بتمامه، وإن أتى بأشكال أمره ببيانه، فإذا صحت الدعوى سأل الحاكم المطلوب عنها)[3].

ونذكر بهذا الصدد أن بعض علماء المحدثين طبقوا نظرية الفساد (المعروفة في الفقه الحنفي) على الدعوى كتصرف من التصرفات القولية، وقالوا: إن نقصان الدعوى من هذا الشرط (شرط العلم بالمدعى به) لا يؤدي إلى بطلانها وإنما يؤدي إلى فسادها، بدليل أن الفقهاء صححوها في حالة تدارك المدعي لما فاته من عدم ذكر ما يعلم به مدعاه، فإذا عاد وعرّف مطلبه تعريفاً صحيحاً صحت دعواه وسمعت، وترتب عليها وجوب الجواب على الخصم، ولو كانت باطلة لما كفى ذلك في تصحيحها، لأن الباطل معدوم شرعاً[4].

---

(١) المبسوط: جـ١٦ص٧٨، شرح أدب القاضي:ق٥٣أ، تبصرة الحكام: جـ١ص١٠٤، طبع سنة ١٣٠١هـ، الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٤ب، ٤٥أ، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٧، المغني لابن قدامة: جـ٩ص٨٦.

(٢) هو القاضي أبو الأصبغ عيسى بن سهل بن عبدالله الأسدي: (٤١٣-٤٨٦هـ) من أهل الأندلس، سكن قرطبة وتفقه بها، ولي القضاء بغرناطة، وكان من جلة فقهاء المالكية، وكبار علمائهم، وله في الأحكام كتاب حسن سماه (الأعلام بنوازل الأحكام)-انظر الديباج المذهب: ص١٨١، ١٨٢.

(٣) تبصرة الحكام: جـ١ص١٠٤ طبع سنة ١٣٠١هـ.

(٤) أصول استماع الدعوى: ص٤٣-٤٥، المدخل الفقهي العام- مصطفى الزرقا: جـ١ص٦٩٠، ٦٩١.

شروط المعلومية في القانون:

الدعوى عند أهل القانون حق يمنح صاحبه سلطة اللجوء إلى القضاء لحماية حقه أو استرداده، ولذلك فإن وجود الدعوى -بهذا المعنى- وصحتها لا يتوقفان على العلم بالمدعى به، فهي كحق موجودة قبل علم القاضي والخصم بها.

إلا أنهم يشترطون في صحيفة الدعوى -وهي القالب الشكلي الذي يحتوي على المطالبة بالحق- ما يشبه في مجمله ذلك الشرط الذي تقدم تفصيله في الفقه الإسلامي، ولكن شراح قانون المرافعات لم يضعوا قواعد وحدود لبيان كيفية العلم بالمدعى به في كل نوع من أنواع الدعاوي.

هذا وقد عللوا وجوب ذلك في صحيفة الدعوى بأنه ينبغي ان يكون لدى المدعى عليه صورة وافية عن المطلوب منه ليتمكن من اعداد دفاعه على أساس معين، ولكي يقطع عليه العذر في تأخير ابدائه[1]، وبناء على ذلك نص قانون المرافعات القديم والحديث على أن صحيفة الدعوى يجب أن تشتمل علىوقائعها وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها[2].

وقد استثني من هذا الشرط في صحة صحيفة الدعوى بعض الدعاوى، حيث لا يشترط في صحائفها غير تبيان المطلوب بايجاز، كالدعاوى المستعجلة التي يختص بالنظر فيها محكمة المواد الجزئية[3].

وبناء على النص القانوني السابق يجب على المدعي أن يذكر في صحيفة الدعوى موضوعها، بحيث تستوفي جميع المعلومات الكافية لتعريف المدعى به والعلم به، كما يجب عليه أن يذكر سبب استحقاقه لما يدعيه، ولا فرق في ذلك بين مختلف أنواع الدعاوى وهذا

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية-ابو الوفا: ص٤١٢.
(٢) المادة ٢/٩١ من قانون المرافعات المصري الصادر في سنة ١٩٤٩م، والمادة ٦/٦٣ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.
(٣) المرافعات المدنية-ابو الوفا: ص٤١٢.

مستفاد من قوله «أسانيدها» أي الأسس التي يبني عليها المدعي دعواه، كأن يذكر مثلاً سبب تملكه للدار التي يدعيها، أو استحقاقه للدين الذي يطالب به.

الشرط الثالث: احتمال ثبوت المدعى به:

واشترطوا في المدعى به أن يكون محتمل الثبوت عقلاً وعادة، وفيما يلي تفصيل هذا الشرط في المذاهب المختلفة:

في المذهب الحنفي:

قال الحنفية: لا تصح الدعوى بما يستحيل ثبوته في العقل، أو في العادة، وذلك لتيقن كذب الدعوى في المستحيل العقلي، وظهور كذبها في المستحيل العادي[1]. ومثال المستحيل في العقل أن يدعي شخص بنوة من هو أكبر منه سناً، أو من هو مساويه أو أن يدعي ابوة من هو أصغر منه، فهذه الدعوى غير مسموعة، ولا يلتفت إليها، لأن ذلك يستحيل ثبوته في العقل.

ومثال المستحيل في العادة أن يدعي شخص معروف بالفقر والاحتياج أنه أقرض المدعى عليه مائة ألف جنيه دفعة واحدة، أو أن المدعى عليه اغتصبها منه، أو انه أودعها عنده، فلم يردها إليه، ويطلب الحكم بردها، فهذه الدعوى لا تسمع أيضاً عندهم، لظهور كذبها، اذ يستحيل عادة أن مثل هذا المدعي يكون مالكاً للمبلغ الذي يدعيه، مع أنه لم يرثه، و لم يأت إليه من طريق الهبة أو الوصية أو غيرهما.

في المذهب المالكي:

والمالكية يشترطون أن لا يتعارض المدعى به في الدعوى مع العرف والعادة[2]، وبناء عليه

---

(١) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٤، البحر الرائق: جـ٧ص١٩٢.
(٢) تبصرة الحكام: جـ١ص١٢٩، تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٧، ١١٨.

قالوا بعدم سماع دعوى الغصب على الرجل المعروف بصلاحه وتقواه[1].

وأما كون المدعى به ممكناً في العقل فإنه لا يشك أبداً أنهم يشترطونه في الدعوى من طريق أولى، لأنه لا يثبت في العرف والعادة إلا ما كان ممكناً عقلاً، ثم إنهم كغيرهم يشترطون في المدعى به أن يكون حقاً أو مصلحة مشروعة، وأن يكون من وراء المطالبة به غرض صحيح، والمستحيل العقلي لا يمكن أن يكون حقاً بحال من الأحوال، فإن الشارع منزه عن أن يضفي حمايته على المستحيلات، لأن ذلك عبث، وهو منزه عنه.

وقد استدلوا على وجوب كون المدعى به محتملاً في العرف والعادة بأن اللّه تعالى أمر باعتبار العرف[2] فقال سبحانه: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف:١٩٩].

شرط الخلطة:

هذا ونعتقد أن ما اشترطه المالكية من وجوب حصول معاملة أو خلطة بين المدعي والمدعى عليه متفرع عما اشترطوه من احتمال ثبوت المدعى به عرفاً، فإنهم نظروا في الدعوى إلى عرف الناس وعادة الطرفين المتنازعين، ولكنهم فرقوا بين ما خالف عرف الناس من الدعاوى، **وماخالف عادة الطرفين المتنازعين من حيث الجزاء الذي رتبوه على كل منهما:**

١- فإذا كانت الدعوى فيما يخالف العرف فقد قالوا ببطلانهاوعدم ترتب آثارها عليها، حتى ولو كان مع المدعي بينة بدعواه، ولذلك قالوا بفساد الدعوى بحق أهمله صاحبه مدة طويلة، وهو يراه في يد المدعى عليه، يتصرف فيه من غير أن يطالبه أو يعارضه، لأن العرف

(١) وعلل ابن فرحون منع سماع مثل هذه الدعوى بأن في سماعها فتح الباب أما الأرذال والأشرار ليتطاولوا على أهل الفضل، فتمنع هذه الدعوى من باب آخر وهو باب سد الذرائع-انظر: تبصرة الحكام: جـ٢ص١٥٣.

(٢) تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٨.

يقضي بكذب هذه الدعوى، فترد ولا تسمع[1].

٢- وأما إذا كانت الدعوى فيما لا يخالف العرف، ولكنها بين طرفين لم يتعودا على التعامل مع بعضهما، و لم تجر بينهما أية خلطة، فهذه الدعوى تسمع عندهم، فإن أقام صاحبها البينة حكم له بما ادعاه، وإلا فليس له تحليف خصمه.

وهكذا فإن عدم مخالفة الدعوى للعرف شرط في صحة الدعوى، وعدم مخالفتها لعادة الطرفين شرط في توجه اليمين على الخصم عند عدم البينة.

هذا هو المشهور في مذهب المالكية، وهو قول الإمام مالك غير أن ابن نافع[2] من أصحابه ذهب إلى عدم اشتراط الخلطة بين المتداعيين، وقول ابن نافع هذا، وإن لم يكن مشهوراً، إلا أنه المعتمد في المذهب المالكي، وهو ما جرى به العمل، وما جرى به العمل مقدم في المذهب على المشهور إن خالفه[3].

هذا و لم يقل أحد من فقهاء المذاهب الأخرى باشتراط الخلطة في توجّه اليمين على المدعى عليه سوى ابن قيم الجوزية من الحنابلة[4]. وفيما يلي ذكر أدلة كل من الفريقين:

أدلة المالكية:

واستدل المالكية وابن القيم على اشتراط الخلطة بما يلي:

١- إن هذا الشرط مروي عن بعض الصحابة والتابعين، كعلي بن أبي طالب كرم اللّه

---

(١) تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٧، ١١٨.

(٢) هو عبداللّه بن نافع مولى بني مخزوم المعروف بالصائغ، كنيته أبو محمد، روى عن مالك وتفقه به ونظرائه، وصحبه مدة طويلة، وتولى الافتاء في المدينة بعده، له تفسير في الموطأ، وتوفي في المدينة سنة ١٨٦هـ-انظر: الديباج المذهب: ص١٣١.

(٣) حاشية الدسوقي: جـ٤ص١٤٥، ١٤٦،الطريقة المرضية: ص٩٢، الطبعة الثانية.

(٤) الطرق الحكمية: ص٩٧، ٩٨.

وجهه، وعمر بن عبدالعزيز رضي اللّه تعالى عنه، وفقهاء المدينة السبعة[1]. ذكروا عن علي رضي اللّه عنه أنه قال: (لا يعدي الحاكم على خصم إلا أن يعلم بينهما معاملة)[2].

٢- وقالوا أيضاً: انه قد ثبت وتقرر أن الاقدام على اليمين يصعب ويثقل على كثير من الناس، لا سيما أهل الدين، وذوي المروءات والأقدار، وهذا أمر معتاد بين الناس على مر الأعصار، ولا يمكن جحده، وقد روي عن جماعة من الصحابة أنهم افتدوا أيمانهم، منهم عثمان وابن مسعود، رضي اللّه عنهما، وغيرهما، وإنما فعلوا ذلك لمروءتهم، فمن يعادي آخر ويحب الطعن عليه يجد طريقاً لذلك لو لم تشترط الخلطة[3].

أدلة جمهور الفقهاء:

واستدل جمهور الفقهاء على عدم اشتراط الخلطة بما يلي:

١- ان اللّه سبحانه يقول: ﴿ يا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلاَ تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ [ص:٢٦].

فأمر سبحانه بالتسوية وترك الميل، ولا يجوز هدم هذا المبدأ العظيم بمثل تلك الاحتمالات الضعيفة[4].

٢- واستدلوا أيضاً بعموم قول رسول اللّه ﷺ: (البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه)[5]، فقد جعل ﷺ اليمين على المدعى عليه و لم يخصص ذلك بخلطة ولا غيرها، و لم يرد دليل معتبر يخصص هذا العموم.

---

(١) المرجع السابق.
(٢) الفروق: جـ٤ص٨١.
(٣) تبصرة الحكام: جـ٢ص١٥٣، الطرق الحكمية: ص٩٧، ٩٨.
(٤) الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٦أ.
(٥) تقدم تخريج هذا الحديث في ص١٩٣.

٣- إن الدعوى سمعت على خير الخلائق رسول اللّه ﷺ من غير ما خلطة بينه وبين المدعي، ولو كانت الخلطة مطلوبة في الدعوى لنبه لذلك صلوات اللّه وسلامه عليه، وسمعت كذلك على كثير من أكابر الصحابة، كعلي وغيره[١].

٤- واستدلوا بالمعقول من وجهين:

الوجه الأول: أن خمول المدعي لايمنع أن يكون له حق، واشتهار المدعى عليه لا يمنع من ثبوت الحق عليه، والمعاملة لا تدل على بقاء الحق، وعدمها لا يمنع من حدوث الحق، فلم يكن لاعتبارها في الدعوى وجه[٢].

الوجه الثاني: أن في اشتراط الخلطة تضييعاً للحقوق، وإقراراً للظلم، فإنه قد يثبت للإنسان حق على من هو أرفع منه، بغصب أو بشراء، ولا يوفيه، أو يودع عنده شيئاً، أو يعيره اياه، فلا يرده، ولا تعلم بينهما معاملة، فإذا لم يعد عليه سقط حقه، وهذا أعظم ضرراً من حضور مجلس القضاء، فإنه لا نقيصة فيه، وقد حضر عمر وأبيّ عند زيد، كما حضر علي عند شريح[٣].

ومن جهة أخرى فإن المدعى عليه يستطيع ان يوكل غيره ان كره الحضور، أما إذا كان المدعى عليه امرأة نظرت: فإن كانت برزة، وهي التي تبرز لقضاء حوائجها، فحكمها حكم الرجل، وإن كانت مخدرة، وهي التي لا تبرز لقضاء حوائجها، أمرت بالتوكيل، فإن توجهت اليمين عليها، بعث الحاكم اميناً معه شاهدان، فيستحلفها بحضرتهما، فإن أقرت شهدا عليها[٤].

في المذهب الشافعي:

وأما الشافعية فإنهم اشترطوا أن يكون المدعى به محتمل الثبوت في العقل، وأما دعوى ما

---

(١) الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٦أ، أدب القضاء-ابن أبي الدم: ق٢٥أ.
(٢) الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٦أ.
(٣) المغني لابن قدامة: جـ٩ص٦٠، ٦١.
(٤) المرجع السابق.

هو مستحيل في العرف والعادة فقد ورد عن الإمام الشافعي انه يقبلها، ولا يشترط فيها أن يكون المدعى به محتملاً عرفاً وعادة[1]، وقد خالفه في ذلك بعض أصحابه[2].

وقد ذهب العز بن عبدالسلام مذهباً وسطا فرق فيه بين دعوى ما هو مستحيل في العرف والعادة، وما ليس بمستحيل، ولكنه بعيد الوقوع فقال: (والقاعدة في الأخبار من الدعاوى والشهادات والأقارير وغيرها إن ما كذبه العقل أو جوزه واحالته العادة، فهو مردود، وأما ما أبعدته العادة من غير إحالة فله رتب في القرب والبعد قد يختلف فيها: فما كان أبعد وقوعاً فهو أولى بالرد، وما كان أقرب وقوعاً فهو أولى بالقبول، وبينهما رتب متفاوتة)، وقد ضرب مثالاً لما احالته العادة فقال: (لو ادعى السوقة على الخليفة أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه، فإن الشافعي يقبله، وهذا في غاية البعد ومخالفة الظاهر، وخالفه بعض اصحابه، وخلافه متجه لظهور كذب المدعي)[3].

في المذهب الحنبلي:

وذهب الحنابلة إلى أن المدعى به يجب ان لا يتعارض مع العرف والعادة[4]، واستدل لهذا ابن قيم الجوزية[5] بما روي عن رسول اللّه ﷺ أنه قال: (ما رآه المسلمون حسناً فهو عنداللّه حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عنداللّه قبيح)[6] ففي الحديث دعوة إلى وجوب اعتبار العرف السائد بين المسلمين، لأنهم لا يتفقون إلا على ما يرضاه اللّه تعالى، فوجب رد ما

---

(١) قواعد الأحكام-العز بن عبدالسلام: جـ٢ص١٢٥، أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٢٥أ، حاشية الشيخ عبدالحميد الشرواني: جـ١٠ص٢٩٩.

(٢) قواعد الأحكام-العز بن عبدالسلام: جـ٢ص١٢٥.

(٣) انظر: قواعد الأحكام: جـ٢ص١٢٢-١٢٥.

(٤) الطرق الحكمية: ص٩٩، ١٠٠؛ القواعد لابن رجب: ص٣٢٢-٣٢٤.

(٥) الطرق الحكمية: ص٩٩، ١٠٠.

(٦) قال الزيلعي عن هذا الحديث: غريب مرفوعاً، و لم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود، وله طرق: رواه أحمد في مسنده، وبنفس الطريق رواه الحاكم في المستدرك في فضائل الصحابة، وقال: صحيح الإسناد، وكذلك رواه البزار في مسنده، والبيهقي في كتاب المدخل، ورواه أبو داود الطيالسي في مسنده ومن طريق أبي داود رواه البيهقي في كتاب الاعتقاد انظر نصب الراية: جـ٤ص١٣٣.

أحاله العرف، وقبول ما قبله.

الرأي المختار:

١- ولعل الأقرب إلى العدل ما ذهب إليه الإمام الشافعي من قبول دعوى المستحيل العرفي، لأن العرف والعادة من معطيات الحياة البشرية، والبشر تقوم معرفتهم على الظواهر التي قد يخطئ الإنسان في معرفة الجوهر الذي يكمن وراءها، فيحتاج للبحث والتحقيق من أجل الوصول إلى ذلك الجوهر، فلا يصح رفض الدعوى بناء على هذه الظواهر. نعم ان الظاهر يصلح لتقوية مركز أحد الخصمين، غير أنه إذا دعم أحدهما موقفه بالحجة الشرعية فإنه ينبغي إهمال الظاهر الذي يشهد مع الآخر، والحكم لصاحب الحجة بالحق المتنازع عليه.

٢- وأما بالنسبة لشرط الخلطة، فإنه ما دام لم يثبت بسند شرعي من كتاب أو سنة أو اجماع، فيلجأ في الترجيح -عندئذ- إلى قواعد الشريعة العامة، وهذه تقضي بترجيح أخف الضررين، وخصوصاً إذا أمكن الاحتياط للضرر الأخف. ولا شك أن فتح ثغرة وذريعة تضيع بها الحقوق، باشتراط الخلطة بين المتداعيين أعظم ضرراً من اهدار تحسينيات أو كماليات خلقية، لا يترتب على الخروج عليها حرمة ولا كراهة، مع العلم بأنه يمكن الحفاظ على هذه الكماليات الخلقية، بمثل التوكيل.

هذا ويمكن الاحتياط لمنع الاشرار والأرذال من الاساءة إلى غيرهم، والذين لا يقصدون من دعاويهم سوى المضارة والايقاع في الحرج، وذلك بأن يعاقب كل من يتبين من سير القضية أنه ما رفع دعواه إلا للمضارة، ولكن هذا لا يعرف إلا بعد التحقيق وصدور الحكم.

المبحث الثاني
في شروط ركن الدعوى

يشترط في الدعوى[1] نفسها عدة شروط **لم يتفق الفقهاء إلا على بعضها وهي:**

١- ان لا تكون مناقضة لأمر سبق صدوره عن المدعي.

٢- أن تكون بتعبيرات جازمة وقاطعة.

٣- أن يذكر المدعي فيها أنه يطالب خصمه بالحق الذي يدعيه.

٤- أن تكون بلسان المدعي عيناً.

٥- أن يذكر المدعي في دعوى العين أن المدعى به في يد خصمه.

٦- أن يصرح المدعي فيها بأن خصمه يضع يده على المدعى به بغير حق.

٧- أن تتضمن طلب احضار المدعى به.

٨- أن يطلب المدعي فيها من القاضي تكليف المدعى عليه بالجواب.

٩- أن تكون في مجلس القضاء.

---

(١) يقصد بالدعوى في هذا المقام ركنها، وهو القول الذي يقصد به طلب الحق امام القضاء.

وفيما يلي تفصيل ما ذكر:

الشرط الأول: أن لا تكون الدعوى مناقضة لأمر سبق صدوره عن المدعي:

ذهب معظم الفقهاء إلى أنه يشترط في الدعوى لكي تكون مسموعة أن لا يسبق من المدعي ما يناقض دعواه[1]. والتناقض في اصطلاح الأصوليين تقابل الدليلين المتساويين على وجه لا يمكن الجمع بينهما بوجه[2]، والمقصود به في هذا المقام أن يسبق من المدعي ما يعارض دعواه بحيث يستحيل الجمع في الصدق بين السابق واللاحق[3]، وذلك كما لو ادعى شخص ان هذه الدار وقف عليه، ثم ادعاها لنفسه أو لغيره[4]، فلا تقبل لوجود التناقض بين الدعويين، اذ الوقف لا يصير ملكاً[5].

و لم يخالف في هذا سوى ما ذكره القاضي ابن أبي الدم عن القاضي الحسين من كبار أئمة الشافعية، أنه صرح بأن من أقر لغيره بالملك ثم ادعاه مطلقاً تقبل دعواه وإن لم يدع تلقي الملك بعد الاقرار بنحو شراء[6]. وسوى ماذكره ابن سلمون[7] المالكي في كتابه «العقد

---

(١) المبسوط: جـ١٧ص٩٦، بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٣، ٢٢٤، الفواكه البدرية: ص٩٨، ٩٩، جامع الفصولين: جـ١ص٩٠،٩١، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٨٧، الورقة الأولى من رسالة في التناقض في الدعوى من الرسائل الزينية لابن نجيم رقم٢٣٨ ق حنفي، جمع المتفرقات: ق١ب، القوانين الفقهية لابن جزي: ص٢٩١، تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٦، ١٣٧، الطريقة المرضية: ص٢٤، ٢٥، أدب القضاء -ابن أبي الدم: ق٥١ب، شرح المحلي على المنهاج، جـ٤ص٣٣٤، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني: جـ١٠ص٢٩٦، مغني المحتاج، جـ٤ص١١٠ طبع سنة ١٣٧٧هـ عماد الرضا ببيان أدب القضا: ق٢ب، المنهج: ص١١٣، حاشية الباجوري: جـ٢ ص ٢٥٩، ٢٦٠، حاشية قليوبي: جـ ٤ ص ١٦٣. الفروع: جـ ٣ ص ٨٠٨، غاية المنتهى: جـ٣ص٤٤٨، كشف المخدرات: ص٥١١، الروض الندي شرح كافي المبتدى: ص٥١٢، شرح المنتهى: جـ٤ص٢٧٦، كشاف القناع، ج٤ص٢٠٣ التاج المذهب: جـ٤ص١٢، البحر الزخار: جـ٤ص٣٩٥، دليل القضاء الشرعي: جـ٢ص٨٠.

(٢) كشاف اصطلاحات الفنون: المجلد الثاني ص١٤١٣.

(٣) الفواكه البدرية: ص٩٨.

(٤) درر الحكام وحاشية الشرنبلالي عليه: جـ٢ص٣٥٥، تنوير الأبصار والدر المختار وتكملة حاشية ابن عابدين:جـ٧ص١٨، موجز في المرافعات الشرعية- أحمد ابراهيم: ص٣٨.

(٥) تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص١٨.

(٦) ادب القضاء-ابن أبي الدم: ق٥١ب.

(٧) هوسلمون بن علي بن عبدالله بن سلمون الكناني الغرناطي: تولى القضاء بغرناطة وكان بصيراً بمعرفة =

المنظم للحكام» من أن هناك قولاً ضعيفاً عند المالكية مؤداه أن من أنكر حقاً ادعاه عليه غيره، فأثبته المدعي ببينة، فإن له بعد ذلك أن يدعي البراءة من هذا الحق، وإن كان مناقضاً في دفعه بالبراءة لانكاره السابق، ثم قال ابن سلمون موجهاً هذا الرأي (وهو أقليس بالأصول العامة لقول رسول الله ﷺ: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه)[1].

ومع أن هذا الشرط ذكره أو أشار إليه معظم فقهاء المذاهب، إلا أن الحنفية هم أكثر من فصله ووضع له قواعد وأصولا، وذكر له صوراً مختلفة، وأما كتب المذاهب الأخرى فتكتفي بذكر الشرط وبعض الأمثلة عليه، وربما أشار بعضها إلى قليل من التفصيلات التي ذكرها فقهاء المذهب الحنفي بهذا الخصوص. **وفيما يلي ذكر هذه التفصيلات معتمدين في معظمها على ما قرره فقهاء الحنفية:**

صور التناقض:

والتناقض المانع من سماع الدعوى يقع على صور متعددة منها:

أولاً: فقد يقع التناقض من المدعي في الدعوى الأصلية، وقد يقع من المدعى عليه في دفع من الدفوع التي يقدمها، ومثال الأول: أن يطلب شخص شراء شيء من غيره أو هبته منه أو إيداعه عنده أو اجارته له، ثم يدعي ملكية هذا الشيء، فيمنع من هذه الدعوى، لتناقضها مع ما صدر عنه قبلها[2]، ومثل ذلك ما لو خطب امرأة يريد نكاحها، ثم ادعى أنه زوجها، فلا تقبل دعواه لما تقدم[3]، وكذلك من ثبت عليه أنه أقر بعين لغيره، ثم ادعاها لنفسه أو لغيره على سبيل الوكالة أو الوصاية، لم تكن دعواه مسموعة، بسبب مناقضتها لاقراره السابق[4].

الشروط والأحكام، ألف في الوثائق المرتبطة بالأحكام كتاباً عليه اعماد القضاة، وتوفي بغرناطة سنة ٧٦٧هـ- الديباج المذهب: ص١٢٥، ١٢٦، الطريقة المرضية: ص٢٩، الطبعة الثانية.

(١) سبق تخريجه في ص ١٢٣

(٢) جامع الفصولين: جـ١ص١٢٣، درر الحكام: جـ٢ص٢٥٤.

(٣) درر الحكام: جـ٢ص٣٥٤.

(٤) جامع الفصولين: جـ١ص١٢٣، شرح المحلي على المنهاج: جـ٢ص٣٤٤، أدب القضاء-ابن أبي الدم: ق٥١ب.

ومثال الثاني: أن يدعي شخص على آخر وديعة، فينكرها المدعى عليه، فيقيم المدعي البينة على الايداع، فيدفع المدعى عليه بردها أو هلاكها، فلا يقبل دفعه، ولا يسمع، لتناقضه مع انكاره السابق للوديعة[1]، وكذلك لو ادعى شخص على آخر ديناً فأنكره المدعى عليه، فلما أقام المدعي بينته على دعواه دفع المدعى عليه بأنه قضاه الدين، أو أن خصمه أبرأه منه، فلا يقبل هذا الدفع، لأنه مناقض لانكاره أصل الدين[2]. والحاصل -كما يقول ابن فرحون- ان من ادعي عليه بحق من الحقوق فجحد أن يكون عليه شيء، فلما خاف أن تقوم عليه البينة بذلك أقر به، وادعى فيه وجهاً من وجوه الاسقاط لم ينفعه ذلك، ولم يقبل منه[3].

ثانياً: واكثر مايتصور التناقض وقوعه بين الدعوى وكلام سابق صادر عن المدعي، كالأمثلة السابقة، ولكن هل يقع التناقض بين الدعوى وفعل سابق صدر من المدعي؟.

ان ذلك متصور، كما لو برهن المدعى عليه بعين في يده أن المدعي كان قد استأجرها أو ارتهنها أو استعارها منه أو استودعها عنده. هذا بالرغم من أن جميع ما اطلعت عليه من أمثلة التناقض هو من قبيل التناقض بين الدعوى وكلام سابق من المدعي، إلا أن صاحب كتاب «جامع الفصولين» ذكر أنه إذا دخل أحد الورثة في قسمة عين من أعيان التركة، ثم ادعاها لنفسه لم تسمع دعواه، للتناقض[4]، وما سبق من المدعي في هذا المثال من قبيل الفعل، وقد صرح بعض المحدثين بتصور وقوع التناقض بين الفعل السابق والدعوى، وضرب له المثل المتقدم ذكره من دخول أحد الورثة في قسمة عين من التركة، ثم ادعاها لنفسه[5]، والواقع أنه لا فرق بين الفعل والكلام في المسائل المتقدمة لأن التصرفات التي يقوم بها المدعي قبل دعواه يسبقها منه كلام يدل على رغبته فيها وتوجيه ارادته إليها: فالشراء والهبة والاعارة

---

(١) جامع الفصولين: جـ١ص١٤٩، الورقة الأولى من رسالة في التناقض في الدعوى من الرسائل الزينية، العقد المنظم للحكام: جـ٢ص١٩٨، تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٦، ١٣٧، التاج المذهب: جـ٤ص١٢.
(٢) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٤، العقد المنظم للحكام: جـ٢ص١٩٨.
(٣) تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٦.
(٤) جامع الفصولين: جـ١ص١٢٩.
(٥) دليل القضاء الشرعي: جـ٢ص٨٠.

والقسمة ونحوها يسبقها عادة، إما طلب لها من المشتري والموهوب والمستعير والمقتسم، وإما كلام يدل على قبوله بها ورضائه عنها، ومن برهن على أحد تلك التصرفات فقدأثبت وقوع الكلام الدال على رضاه وقبوله، فالتناقض حاصل بين الدعوى وهذا الكلام، وأما الفعل فيأتي مؤكداً لذلك، بدليل أن التناقض يقع بين الدعوى وطلب تلك الأشياء، وإن لم تحدث فعلاً.

وقيل أيضاً: أن التناقض قد يقع بين الدعوى وسكوت المدعي في زمن سابق عليها، وذلك كما لو أن شخصاً ادعى عيناً كانت في يد المدعى عليه يتصرف فيها منذ زمن تصرف الملاك هدماً وبناء ورهناً وإجارة ونحو ذلك، والمدعي ساكت طوال هذه المدة لايعارض ولا ينازع[1]، وقد تقدم[2] أن الدعوى في هذا المثال ونحوه لا تكون مسموعة، لأن المدعى به فيها غير محتمل الثبوت في العرف والعادة، فإن مقتضى العادة أن الإنسان لا يسكت عن ملكه في مثل هذه الظروف إلا مضطراً، والواقع أن شرط عدم التناقض في الدعوى يتصل بشرط احتمال ثبوت المدعى به اتصال الخاص بالعام، لأن أي تناقض بين الدعوى وما سبق صدوره من المدعي من قول أو فعل يؤدي إلى انشاء ظن يكذب المدعي في دعواه، فتصبح غير محتملة الثبوت في ظاهر الأمر، ولكن عدم احتمال ثبوت المدعى قد ينشأ عن شيء آخر غير مناقضة المدعي لدعواه بكلام أو فعل صادر عنه قبلها، وذلك كأن يدعي شخص معروف بالفقر والاحتياج أنه أقرض المدعى عليه مبلغاًعظيماً جداً، أو أن المدعى عليه اغتصبه منه، او أودعه عنده، و لم يردها إليه، ويطلب الحكم بردها[3]. ولهذا الاتصال بين الشرطين المذكورين نجد علماء الحنابلة يجمعونهما في شرط واحد فيقولون: يشترط في الدعوى ان تكون منفكة عما يكذبها[4]، ويضربون أمثلة على تخلف هذا الشرط: بعضها على تناقض المدعي في دعواه، كقولهم (ولو ادعى أنه قتل أباه أو ابنه ونحوه منفرداً، ثم ادعى على آخر

---

(١) المرجع السابق

(٢) انظر ص٣٨٦.

(٣) الفواكه البدرية: ص١٠٥، الدر المختار وتكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص٤٨٤.

(٤) الفروع: جـ٣ص٨٠٨، شرح المنتهى: جـ٤ص٢٧٦، غاية المنتهى: جـ٣ص٤٤٩، كشف المخدرات: ص٥١١، الروض الندي شرح كافي المبتدي: ص٥١٢، كشاف القناع: جـ٤ص٢٠٣.

المشاركة فيه، لم تسمع الدعوى الثانية، لأنه كذبهـا بدعـواه الأولى)[1]، وبعضهـا على عـدم احتمال ثبوت المدعى به حساً أو عقلاً كقولهم (فلو ادعى انه قتل أو سرق مـن عشـرين عامـاً وسنة دونها لم تسمع، لأن الحس يكذبها)[2].

والذي يظهر من مسلك فقهاء الشافعية أنهم يرون تناقض المدعي أشد تكذيباً لنفسه مـن معارضته للعرف والعادة، وذلك لأن جمهورهم اشترطوا في الدعوى عدم تناقضها مع دعـوى تغايرها، مع أنهم لم يشترطوا في المدعى به أن يكون محتمل الثبوت عرفاً وعادة كما تقدم[3]. ولكن القاضي الحسين -كما يظهر- سوى بـين الأمريـن، و لم يرتـب بطـلان الدعـوى علـى تناقض المدعي[4]، كما لم يرتبه على مخالفة المدعى به للعرف والعـادة وقـد ذكـر القـاضي ابـن أبي الدم أن هذا الرأي الذي ذهب إليه القاضي الحسين لم يقل به غيره من علماء الشافعية[5].

هذا وإن الكلام السابق الذي قد تناقضه الدعوى، **فيمنع مـن سماعهـا يـأتي علـى صـور كثيرة ينحصر كثير منها فيما يلي:**

١- فقد يكون اقراراً صريحـاً للمدعـى عليـه بـالعين أو الحـق الـذي ادعـاه لاحقـاً، وهـو واضح، وقد سبق بعض أمثلته.

٢- وقد يكون اعترافاً صريحاً بعدم وجود حق له في العـين أو غيرهـا، فـإذا ادعاهـا بعـد ذلك لم تسمع دعواه لمناقضتها لاعترافه السابق، إلا أنه يفرق في هذه الصورة بين ما إذا وقـع ذلك الاعتراف من ذي اليد أو من الخارج، فإن وقع من ذي اليد، **فإنه يفرق بين حالتين:**

الأولى: أن يقع ذلك الاعتراف في وقت يكون له فيه منازع، فإذا ادعى الملك بعـد ذلـك لم تسمع دعواه.

---

(١) المراجع السابقة.
(٢) المراجع السابقة.
(٣) انظر ص٣٧٨.
(٤) انظر: أدب القضاء: ابن أبي الدم: ق٥١ب.
(٥) المرجع السابق.

الثانية: أن يقع ذلك الاعتراف في وقت لم يكن له فيه منازع، فإذا ادعى بعده سمعت دعواه.

والفرق بينهما أن الاعتراف بعدم الحق في وقت وجود المنازع يعتبر اقراراً له بالحق، وذلك على رواية الجامع الصغير. وبناء على هذه الرواية، فإن الاعتراف السابق بعدم الحق يرتب حقاً للمنازع، فلا يجوز للمعترف أن يناقضه بدعوى تقتضي ابطال ذلك الحق. وفي رواية الأصل لا يعتبر الاعتراف بعدم الحق اقرارا به للمنازع، فلا يمنع المعترف من رفع دعوى تناقضه، لأن الشرط في اعتبار التناقض أن يتضمن ابطال حق كان الكلام السابق قد رتبه لغير المتناقض كما سيأتي في شروط تحقق التناقض. غير أنهم قالوا -بناء على رواية الأصل- ينبغي على القاضي أن يسأل ذا اليد عن العين، ان كانت ملكاً لخصمه، فإن أقر أمر بالتسليم إليه، وإن أنكر أمر الخصم بإقامة البينة عليه.

وأما إذا وقع الاعتراف بعدم الحق في حالة عدم وجود المنازع، فقد ذهبوا إلى أنه لا يعتبر اقراراً لأحد، وبهذا لا يكون مرتباً لأي حق لأي إنسان، فتسمع دعوى المعترف اللاحقة وإن كانت مناقضة لذلك الاعتراف باتفاق علماء الحنفية ورواياتهم[1].

وأما إن وقع الاعتراف بعدم الحق من غير ذي اليد فيفصّل بين الحالتين السابقتين أيضاً:

- فإن وقع في حالة وجود نزاع، فقد اتفق علماء الحنفية على أنه يكون مانعاً من سماع الدعوى التي تناقضه، فإنهم اعتبروه اقراراً ضمنياً للمنازع، فقد جاء في جامع الفصولين ما نصه (ولو أقر غير ذي اليد عند النزاع ينبغي أن ينفذ اقراره وفاقاً، لأنه نفى عن نفسه ملك غيره ظاهراً، وهذا حق ظاهر، فصرف إلى أنه اقرار به لذي اليد وفاقاً بقرينة اليد والنزاع)[2].

- وأما ان وقع الاعتراف بعدم الحق من غير ذي اليد في حالة عدم وجود نزاع، ففي قول عند الحنفية أنه يمنع من سماع الدعوى المناقضة له، حيث اعتبروه اقراراً ضمنياً بالحق لذي اليد

---

(١) انظر كل ما تقدم عن الاعتراف الصريح بعدم الحق من درر الحكام: جـ٢ص٣٥٤، ٣٥٥ وجامع الفصولين: جـ١ص١٢٤، ١٢٥.

(٢) انظر جامع الفصولين: جـ١ص١٢٥.

بقرينة حيازته، وفي قول آخر عندهم أنه لا يمنع، لأنهم لم يعتبروه اقراراً بالحق لذي اليد[1].

وأما بالنسبة لبقية المذاهب فقد علم مما تقدم أنهم قرروا أن من أقر بعين لغيره لا يمكن من ادعاء ملكيتها، فينظر عندهم: فما اعتبروه اقراراً كان مانعاً، وما لم يعتبروه لم يكن.

وينبني على ما تقدم ذكره من مذهب الحنفية أنه إذا قال شخص: هذا ليس لي، ثم ادعاه بعد ذلك فإنه ينظر: فإن كانت العين في يده و لم يكن له منازع فيها عندما قال ذلك، سمعت دعواه باتفاقهم. وإن كان له منازع لم تسمع على رواية الجامع الصغير، وسمعت على رواية الأصل، وأما إن لم تكن العين في يده فينظر أيضاً: فإن كان له منازع عندما نفى ملكيتها عن نفسه لم تسمع دعواه باتفاقهم، فإن لم يكن له منازع سمعت في قول، و لم تسمع في القول الآخر[2].

٣- وقد يكون الكلام أو الفعل السابق للدعوى اعترافاً ضمنياً بعدم وجود حق له في العين التي يدعيها، وذلك كأن يطلب شخص من آخر أن يبيعه العين التي في يده أو يهبها له أو يعيرها له أو يجعلها وديعة عنده أو أن يؤجرها له، وكذلك كأن يساومه عليها، أو يساقيه على أشجاره، ثم يدعي بعد ذلك ملكيته لهذه العين، فلا تسمع هذه الدعوى لمناقضتها لكلامه السابق. ويتفق علماء الحنفية على أن المتناقض في مثل هذه الصورة يمنع من دعوى العين نفسه[3] إلا أنهم اختلفوا: هل تقبل دعواها لغيره بوكالة أو وصاية؟ ذهبوا في إحدى الروايتين إلى أنه يمنع من الدعوى لنفسه ولغيره، وذهبوا في الأخرى إلى أنه لا يمنع من الدعوى لغيره بوكالة أو وصاية، ومدار الخلاف بين الروايتين هو أن الكلام السابق في مثل المسألة السابقة هل يعتبر من قبيل الاقرار الضمني بالعين لذي اليد أم لايعتبر كذلك، وإنما يقتصر في دلالته على الاقرار بعدم الملك للمتكلم؟ ذكر صاحب كتاب «جامع الفصولين» أن ذلك فيه روايتان عند الحنفية:

الأولى: أنه يعتبر من قبيل الاقرار الضمني بالعين لذي اليد. وبناء على هذه الرواية يعتبر

---

(١) المرجع السابق.

(٢) جامع الفصولين: جـ١ص١٢٤، ١٢٥، درر الحكام: جـ٢ص٣٥٤، ٣٥٥.

(٣) درر الحكام: ج٢ ص٣٥٤، جامع الفصولين: جـ١ص١٢٣، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية: ص٩٩.

التناقض في المثال السابق مانعاًمن سماع الدعوى لنفس المتناقض ولغيره، لأن الكلام السابق فيه يكون قد رتب حقاً لغير المتكلم، فلا يمكن من ابطاله بإرادته المنفردة.

والثانية: أنه لا يكون من قبيل الاقرار بالملك لذي اليد، وانما يقتصر في دلالته على الاقرار بعدم الملك للمتكلم. وبناء على هذه الرواية يقتصر أثر التناقض في المثال السابق على منع سماع الدعوى لنفس المتناقض ولا يمنع سماعها لغيره[1]. والواقع ان جريان هذا الخلاف بالنسبة للاعتراف الضمني بعدم الملك أمر مستنبط بطريق الأولى من جريانه في الاعتراف الصريح بعدم الملك والذي سبق الكلام عنه، وذلك لأن من يطلب شراء عين من ذي اليد أو هبتها له، أو ايداعها عنده ونحو ذلك شبيه بمن يقول: إن تلك العين التي في يد فلان ليست لي أو ليس لي فيها أي حق. وبناء على هذه ينبغي أن يفصل في الاعتراف الضمني بين حالة وجود نزاع عند وقوع الاعتراف حيث جرىالاتفاق في الاعتراف الصريح على اعتباره اقراراً من الخارج (غير ذي اليد) بالملك لذي اليد، فينبغي أن يجري الاتفاق هنا أيضاً، وبين حالة عدم وجود نزاع عند وقوع الاعتراف حيث ورد فيه روايتان بالنسبة للاعتراف الصريح، فكذلك ينبغي أن يكون بالنسبة للاعتراف الضمني. وبهذا يتبين أن محل الروايتين بالنسبة للمثال السابق، إنما هو في حالة عدم قيام نزاع بين ذي اليد وبين الخارج، وليس في جميع الحالات، كما قد يفهم من كلام صاحب كتاب (جامع الفصولين)[2]، بدليل أنه قرر التفريق بين الحالتين بالنسبة للاعتراف الصريح بعدم الملك إذا كان صادراً من غير ذي اليد في مكان آخر وأحال عليه[3].

وقد ذهب صاحب الكتاب المذكور مذهباً وسطاً بين هاتين الروايتين في هذه المسألة مؤداه أن مجرد طلب الشراء أو الهبة أو الايداع ونحوها من ذي اليد لا يتضمن دائماً الإقرار بالملك له، فقد يطلب ذلك من وكيل المالك، فلا يكون اقراراً بالملك لذي اليد في مثل هذه الحالة، والفيصل في تحديد ما هو اقرار بالملك لذي اليد وما ليس باقرار يعو إلى القرائن في المسائل

---

(١) جامع الفصولين: جـ١ص١٢٣.
(٢) المرجع السابق.
(٣) جامع الفصولين: جـ١ص١٢٥.

المختلفة. وبناء على هذا ينبغي أن تحكم القرائن أيضاً في تمييز ما يمنع من سماع الدعوى لنفس المتكلم ولغيره مما لا يمنع من سماعها إلا بالنسبة لنفس المتكلم المتناقض: فما اعتبر بالقرينة اقراراً لذي اليد منع من سماع الدعوى للمتكلم نفسه ومن سماعها لغيره بوكالة أو وصاية، وما لم يعتبر كذلك، فيمنعه من ادعائها لنفسه، ولا يمنعه من ادعائها لغيره بوكالة أو وصاية[1].

٤- وقد لا يكون الكلام السابق -الذي جاءت الدعوى مناقضة له- إقراراً بالحق، لا صريحاً ولا ضمنياً، ويقع هذا كثيراً بالنسبة لدعوى الدفع التي يقدمها المدعى عليه، وذلك كمن ادعى وديعة على آخر، فانكرها المدعى عليه، فلما أقيمت عليه البينة، دفع بردها أو هلاكها، فلا يسمع دفعه لتناقضه مع انكاره السابق. فهنا الكلام السابق لم يكن اقراراً، بل انكاراً.

كما قد يقع بالنسبة للدعوى الأصلية عندما يسبقها دعوى أخرى تناقضها، وذلك كما لو ادعى شخص عيناً من الأعيان بسبب الإرث، ثم ادعاها بسبب الشراء، فلا تقبل دعواه الأخرى للتناقض[2]، إلا أن كثيراً من أمثلة هذه الصورة قد تكون الدعوى الأولى فيها اقراراً، وذلك كما لو ادعى شخص ملكاً على آخر بسبب كالشراء أو الهبة أو الإرث ثم ادعاه مطلقاً، فلا تصح دعواه الثانية ولا تسمع للتناقض بين الدعويين[3]، فلعل السبب أن من يدعي شيئاً بسبب في وقت معين يعترف ضمناً أنه لم يكن مالكاً لذلك الشيء قبل وقت حدوث السبب، ودعوى الملك المطلق تعني أنه كان مالكاً لذلك الشيء قبل حدوث ذلك السبب وبعده، فيكون تناقضاً مانعاً من سماع الدعوى. وهذا بخلاف ما لو ادعى ملكاً مطلقاً على رجل ثم ادعاه في وقت آخر بسبب حادث على ذلك الرجل عند ذلك القاضي، فإنها تسمع، لعدم التناقض[4].

ثالثاً: وكما يقع التناقض بين دعوى المدعي وكلام صدر منه قبلها فإنه قد يقع بينها

---

(١) جامع الفصولين: جـ١ص١٢٣، ١٣٧.
(٢) جامع الفصولين: جـ١ص١٢٨، الطريقة المرضية ٢٤، ٢٥.
(٣) جامع الفصولين: جـ١ص١٢٧.
(٤) المرجع السابق.

وبين كلام صدر عن شخص آخر إذا كان الاثنان بحكم شخص واحد، كالوكيل والموكل، وكالوارث والمورث، ومثال ذلك: لو أن الوكيل ادعى عيناً لموكله، وكان هذا قد سبق منه إقرار بأن تلك العين ليست له، وإنما هي لغيره، لم تقبل دعوى الوكيل، لمناقضتها لإقرار الموكل، ومثل هذا يقال بالنسبة للوارث والمورث[1].

وقد ذكر بعض علماء الشافعية أن التناقض قد يقع بين دعوى المدعي وبين إقرار أصله، وذلك كما لو ثبت إقرار رجل بأنه من ولد فلان، فادعى ولده أنه من نسل شخص آخر غير الذي أقر به والده، فلا تقبل دعواه لتناقضها مع ما سبق من اقرار أصله[2].

رابعاً: تلك الصور المتقدمة للتناقض جميعها تكون الدعوى فيها مناقضة لكلام أو فعل سبق صدوره من المدعي أو من في حكمه، ولكن هل تبطل الدعوى إذا صدر من المدعي كلام أو فعل يناقضها، وكان هذا الذي صدر عنه متأخراً عن الدعوى في زمنه؟ ذكر صاحب كتاب «جامع الفصولين» أنه لو ادعى شخص عيناً في يد آخر، فأراد ذو اليد ابطال دعواه فقال للمدعي بحضرة الشهود: خذه وديعة إلى الغد، فأخذه المدعي بطلت دعواه، لأن قبول الوديعة اقرار أنه لا ملك له. ثم ذكر صاحب الكتاب المذكور أنه (قيل أن لا تبطل دعواه، لأن قبول الوديعة يدل على عدم الملك دلالة، وقد ادعى صريحاً أنه ملكه، والدلالة لا تعتبر مع التصريح بخلافها)[3]. ولكن التناقض في مثل هذه الصورة يطرأ -كما هو ظاهر- على الدعوى طروّا بعد أن تكون قد سمعت من قبل القاضي، بخلاف الصور الأولى، حيث تقع الدعوى من أول الأمر مناقضة لأمر سبق صدوره من المدعي. ولذلك فإن اعتبار عدم التناقض شرطاً في سماع الدعوى لا يستقيم إلا في الصور الأولى، لضرورة تقدم الشرط على المشروط.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٨٧، قرة عيون الأخيار: جـ١ص١٥،المادة ١٦٥٢ من مجلة الأحكام العدلية، موجز في المرافعات الشرعية-احمد إبراهيم ص٣٩، ٤٠، مباحث المرافعات ص٥٥، دليل القضاء الشرعي: جـ٢ص٨١.

(٢) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني: جـ١٠ص٢٩٦، عماد الرضا ببيان أدب القضا- الأنصاري: ق٢ب.

(٣) جامع الفصولين: جـ١ص١٣٧.

شروط تحقق التناقض:

لا يتحقق التناقض المانع من سماع الدعوى إلا بالشروط التالية:

١- أن يكون الأمران المتناقضان -وهما الدعوى وما صدر قبلها من فعل أو قول- صادرين عن شخص واحد وهو المدعي أو عن شخصين هما في حكم الشخص الواحد كما هو الحال في الوكيل والموكل والوارث والمورث، ويلحق بهما عند الشافعية تناقض الفرع مع أصله كما تقدم. والتعليل المنطقي لهذا الشرط أن المدعي لا يؤاخذ إلا بما صدر عنه أو عمن هو نائب عنه، ولا يجوز مؤاخذته بكلام غيره أو فعله، وهذا أصل عام في الشريعة تدخل تحته هذه الجزئية.

٢- أن يكون الكلامان المتناقضان قد حصلا في مجلس القضاء، ولكن لا يشترط أن يقعا في مجلس قضاء واحد. غير أن علماء الحنفية اختلفوا في أنه هل يكفي في الكلام السابق أن يثبت لدى القاضي وإن وقع خارج مجلس القضاء؟ والذي رجحه المتأخرون منهم أن ذلك يكفي إذا ثبت ذلك الكلام بالحجة الشرعية عند القاضي، سواء أكان ثبوته عند القاضي الذي رفعت إليه الدعوى أو كان عند قاض آخر[1]، بل جاء في «المجاني الزهرية» نقلاً عن شرح المقدسي ان الخلاف يكاد يكون لفظياً، (لأن الذي حصل سابقاً على مجلس القاضي لا بد أن يثبت عنده ليترتب على ما عنده حصول التناقض، والثابت بالبيان كالثابت بالعيان، فكأنهما في مجلس القاضي، فالذي شرط كونهما في مجلسه يعم الحقيقي والحكمي)[2]، والحقيقي ما وقع في مجلس القضاء فعلاً، والحكمي ما وقع خارجه فعلاً ولكنه ثبت وقوعه بالبينة في مجلسه، وسبب هذا الاشتراط: فأما بالنسبة للكلام اللاحق وهو الدعوى، فلأن شرط صحتها أن تقع في مجلس القضاء كما تقدم في تعريفها، فإن وقعت خارجه لم تكن دعوى مقبولة، والكلام في التناقض، إنما هو في الدعوى الصحيحة، لأن الباطلة ممنوعة أصلاً، ولا حاجة لابطالها بالتناقض، وأما

---

(١) الدر المختار وقرة عيون الأخيار: ج٧ص١٦، ١٧ طبع سنة ١٣٨٦هـ، المجاني الزهرية: ص١٠٤، موجز في المرافعات الشرعية -احمد ابراهيم: ص٣٨.
(٢) المجاني الزهرية: ص١٠٤، ١٠٥.

بالنسبة للكلام السابق على الدعوى، فلأنه إن لم يثبت لدى القاضي بالبينة لم تكن له حجية.

وهذا الشرط وسابقه يتفق مع القواعد العامة، وقد صرح به علماء الحنفية، ولا يظن أن المذاهب الأخرى ترفضه.

٣- يذكر بعض الحنفية أن التناقض المانع من سماع الدعوى لا يتحقق إلا إذا كان الكلام السابق قد أثبت حقاً لشخص بعينه[١]، وذلك لا يكون إلا إذا صدر هذا الكلام في وقت كان لقائله منازع فيه، فإن صدر عنه في وقت لم يكن له منازع لم يمنعه ذلك من رفع دعوى تناقضه، لأنه عندما قاله لم يثبت حقاً لغيره، وينبغي على ذلك أنه لو قال رجل: لا حق لي على أحد من أهالي مصر مثلاً ثم ادعى على واحد منهم سمعت دعواه لأنه لم يقر لواحد معروف. وكذلك لو قال صاحب اليد: ليس هذا العقار لي أو ليس ملكي أو لا حق لي فيه في وقت لا منازع له فيه، ثم ادعى هذا العقار أحد، فقال ذو اليد: هذا لي قبل دفعه، ولم يمنع من قبوله تناقضه مع كلامه السابق لما تقدم. ولكن لو قال ذلك في وقت كان ينازعه أحد في دين عليه أو في العقار الذي في يده منع من دعواه الثانية أو دفعه اللاحق، لأن كلامه السابق رتب حقاً لغيره عليه[٢]، وقيل: إن الكلام السابق لم يرتب حقاً لغير قائله، لأنه بمثابة اقرار لمجهول، وهو باطل[٣].

ولكن هذا الشرط محل نظر لما يلي:

فإن العلماء -ومنهم علماء الحنفية- عندما جعلوا التناقض مانعاً من سماع الدعوى عللوا ذلك باستحالة الجمع في الصدق بين السابق واللاحق من الكلامين المتناقضين، لاستحالة

(١) درر الحكام: جـ٢ص٣٥٤، جامع الفصولين: جـ١ص١٢٥، موجز في المرافعات الشرعية - أحمد ابراهيم: ص٣٨، مباحث المرافعات: ص٥٤.

(٢) درر الحكام: جـ٢ص٣٥٥، طبع سنة ١٣٠٤هـ، جامع الفصولين: جـ١ص١٢٥، موجز في المرافعات الشرعية: ص٣٨، ٣٩.

(٣) درر الحكام: جـ٢ص٣٥٤، جامع الفصولين: جـ١ص١٢٥.

وجود الشيء مع ما ينافيه ويناقضه[1]، وهذا الاعتبار موجود سواء أكان الكلام الأول مثبتاً حقاً لغير قائله أم لم يكن: فمن ثبت أنه قال: إن هذه الدار ليست لي أو لا حق لي فيها، فإنه يكذب نفسه إذا ادعى بعد ذلك أنها له من وقت سابق على اعترافه السابق، وإن لم يكن له منازع عندما قال كلامه الأول. وكذلك من ثبت عليه انه اعترف أنه لا دين له على أحد من أهل البلدة الفلانية، فإنه يكذب نفسه إذا ادعى بعد ذلك ديناً على أحد أهلها بتاريخ سابق على اعترافه الأول.

والواقع أن بناء المنع من سماع الدعوى في الأمثلة المتقدمة على كون الكلام الأول مثبتاً حقاً لغير المتكلم لا يصح إلا بالنسبة لبعض الروايات عند الحنفية، لا جميعها، فقد تقدم في «صور التناقض» أن الاعتراف الصريح والضمني بعدم الحق لا يعتبر اقراراً بالحق للخصم إلا في بعض الروايات وفي بعض الصور، ومع أنها تقدمت مفصلة هناك، فإنه لا بأس من تلخيصها في هذا المقام للتوضيح:

فانهم فصلوا -كما تقدم- بين الاعتراف الصادر من ذي اليد -والاعتراف الصادر من الخارج (غير ذي اليد)، كما فرقوا بين حالة النزاع، وحالة عدم النزاع: فإن اعترف ذو اليد بعدم الحق في حالة النزاع، ففي اعتبار هذا الاعتراف اقراراً بالحق للمنازع روايتان، وفي حالة عدم النزاع اتفقوا على عدم اعتباره اقراراً. وإذا اعترف الخارج بعدم الحق في حالة النزاع فقد اتفقوا على اعتبار اعترافه اقراراً بالملك للمنازع، وفي غير حالة النزاع روايتان أيضاً.

وبناء على ذلك لا يكون الاعتراف بعدم الملك إقراراً بالحق وفاقاً إلا إذا صدر عن غير ذي اليد، وكان صدوره في حالة النزاع. وبذلك يتبين وجه ما ذكر من أن بناء منع التناقض لسماع الدعوى على كون الكلام السابق مثبتاً حقاً لغير المتناقض في جميع الصور المتقدمة فيه قصور، ولا يتأتى إلا بالنسبة لبعض الروايات دون بعض.

ويؤيد النظر المتقدم ما جاء في «جامع الفصولين»، حيث قال صاحبه (والحاصل من جملة

---

(١) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٣، الفواكه البدرية: ص٩٩.

ما مر أن المدعي لو صدر عنه ما يدل على أن المدعى -به- ملك المدعى عليه تبطل دعواه لنفسه ولغيره للتناقض، ولو صدر عنه ما يدل على عدم ملكه، ولا يدل على ملك المدعى عليه بطل دعواه لنفسه لا لغيره، لأنه اقرار بعدم ملكه لا بملك المدعى عليه، ولو صدر عنه ما يحتمل الاقرار وعدمه، فالترجيح بالقرائن، وإلا يكون اقراراً للشك)[1].

وهكذا، فإن بناء على ما ورد في «جامع الفصولين» لا يقتصر في منع سماع الدعوى على التناقض الذي يتضمن ابطال حق لأحد، لقوله (ولو صدر عنه ما يدل على عدم ملكه، ولا يدل على ملك المدعى عليه بطل دعواه لنفسه لا لغيره)، حيث رتب بطلان دعواه لنفسه على اقراره بعدم الملك، وإن كان هذا الإقرار لا يدل على ملك المدعى عليه. ولكنه دل على أن التناقض الذي يتضمن ابطال حق لأحد أقوى من التناقض الذي لا يتضمن ذلك، بحيث يمنع الأول من سماع الدعوى لنفس صاحب الكلام الأول ولغيره، ولا يمنع الثاني من سماعها إلا بالنسبة لنفس صاحب الكلام الأول، وهذا رأي حسن ودقيق جداً، لأن من يعترف بعدم حق له في عين مثلاً بما لا يدل على اعترافه لأحد من الناس يكون مكذباً لكلامه إذا ادعى لنفسه حقاً في تلك العين، ولكنه لا يكون كذلك إذا ادعى لغيره بوكالة أو وصاية، بخلاف من يصدر عنه ما يدل على الاعتراف بالحق لشخص معين، لأنه يكذب نفسه بدعواه له أو لغيره، لاستحالة ان يكون الحق لاثنين في وقت واحد.

ويضاف إلى ما تقدم ان علماء الحنفية يذكرون من أمثلة التناقض المانع من سماع الدعوى ما لا يكون فيه الكلام السابق مرتباً حقاً لغير المدعي، فقد تقدم أنهم ذهبوا إلى أنه لا يسمع الدفع برد الوديعة أو هلاكها بعد سبق انكار المدعى عليه لوقوع عقد الايداع أصلاً، وكذلك تقدم أنهم ذهبوا إلى عدم سماع دعوى الحق بسبب الشراء بعد سبق ادعائه بسبب الارث، فإن الكلام السابق في هذه الامثلة ونحوها لم يرتب حقاً لغير قائله، ومع ذلك فقد قالوا بالتناقض فيها ومنع سماع الدعوى.

---

(١) جامع الفصولين: جـ١ص١٣٧.

هذا وإن الشرط المتقدم في التناقض تذكره بعض كتب الحنفية و لم أعثر على مثيل له فيما اطلعت عليه من كتب المذاهب الأخرى، ولعلهم لا يرونه شرطاً في تحقيق التناقض فانهم يقررون منع سماع الدعوى كلما سبق من المدعي ما يكذب دعواه[1]. والظاهر كما قدمنا أن التكذيب يقع بكلام سابق وإن لم يترتب عليه حق لغير المدعي.

٤- ويشترط في التناقض حتى يكون مانعاً من سماع الدعوى أن لا يكون التوفيق بين المتناقضين ممكناً[2].

إلا أن هذا الشرط ليس متفقاً عليه عند علماء الحنفية: **فقد اختلفت آراؤهم فيه على أربعة[3]:**

الرأي الأول: وهو أنه يشترط عدم امكان التوفيق في جميع صور التناقض: سواء وقع من قبل المدعي أو من قبل المدعى عليه، وسواء كان وجه التوفيق بيّناً أو مبهماً غير بين[4].

---

(١) تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٦، ١٣٧، حاشية القليوبي على المحلي: جـ٤ص١٦٤، كشاف القناع: جـ٤ص٢٠١، ٢٠٣.

(٢) جامع الفصولين: جـ١ص١٥١،١٥٢، ١٢٨، طبع سنة ١٣٠٠هـ، تنوير الأبصار وقرة عيون الأخيار: جـ١ص١٤،١٥، ١٦،م١٦٥٧، مجلة. هذا وقد اعتاد بعض علماء الحنفية من المتأخرين والمحدثين أن يحثوا أثر التوفيق وامكانه على التناقض تحت عنوان «ما يرتفع به التناقض» انظر تكملة حاشية ابن عابدين (قرة عيون الأخيار) جـ٧ص١٥ طبع سنة ١٣٨٦هـ، والموجز في المرافعات الشرعية - أحمد إبراهيم: ص٤٣، والأصول القضائية: ص١٢، ١٣، ومباحث المرافعات: ص٥٨. وذلك على أن اعتبار أن التوفيق أمر عارض من المتناقض، بحيث إذا حصل ارتفع التناقض وسمعت الدعوى. إلا أن الدقة تقتضي أن يفرق بين أمرين وهما: إمكان التوفيق بين المتناقضين، والثاني: التوفيق الفعلي بينهما: فأما إمكان التوفيق فإنه لا يطرأ طرواً على التناقض فيرفعه، وإنما يكون مصاحباً للأمرين المتناقضين في الظاهر من وقت وقوع الأخير منهما، ولا يرفع الشيء ما يصاحبه، وإنما يرفعه ما يطرأ عليه ويأتي بعده، فكان الأولى جعل الكلام عن إمكان التوفيق في هذا المقام، وأما التوفيق الفعلي فهو الجدير بأن يحث ذلك العنوان، لأنه هو الذي يطرأ على التناقض فيرفعه. وهذا النهج هو الذي سلكناه كما يرى في المتن.

(٣) ذكرت هذه الآراء الأربعة في: المجاني الزهرية ص١٠٤، وتكملة حاشية ابن عابدين (قرة عيون الأخيار) جـ٧ص١٥، ١٦، طبع سنة ١٣٨٦هـ، ومباحث المرافعات ص٥٩، والأصول القضائية ص١٢.

(٤) ذكر هذا الرأي في: جامع الفصولين جـ١ص١٥١، ١٥٢ طبع سنة ١٣٠٠هـ. وأشار إليه صاحب تنوير الأبصار وأكده صاحب الدر المختار-انظر حاشية ابن عابدين جـ٧ص١٤، ١٥ طبع سنة ١٣٨٦هـ، وقد بينته مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٦٥٧.

وهذا الرأي منسجم مع مقتضى القياس، لأن معنى التناقض في الأصول تقابل الأمرين المتساويين على وجه لا يمكن الجمع بينهما بوجه من الوجوه كما تقدم، فإذا أمكن التوفيق بصورة من الصور لم يكن هناك تناقض في الواقع ونفس الأمر. فبناء على هذا الرأي إذا دفع الخصم بتناقض خصمه في دعواه اكتفي لرد هذا الدفع أن يتصور القاضي امكان الجمع بين المتناقضين، ولا يشترط سؤال المتناقض ظاهراً أن يوفق بينهما فعلاً. **وفيما يلي نذكر مثلين لتوضيح هذا الرأي وهما**[1]:

أ- ادعى شخص داراً بهبة أو شراء من أبيه، ثم ادعاها ارثاً منه، تسمع دعواه الثانية، لإمكان التوفيق بين الكلامين بأن يكون قد ابتاع الدار من أبيه، فعجز عن اثبات ذلك لعدم البينة، ثم ورثه بعد ذلك.

ب- ولكنه لو ادعى أولاً انتقال الدار إليه بالإرث، ثم ادعاها بالشراء، لم تقبل دعواه الأخرى، للتناقض وتعذر التوفيق بين الدعويين.

الرأي الثاني: وهو أنه لا يشترط لتحقق التناقض عدم امكان التوفيق[2]، بل يكفي لمنع سماع الدعوى أن لا يقع تناقض ولو في ظاهر الأمر، بحيث أن يدفع به الخصم، وسكت المتناقض و لم يوفق بوجه من وجوه التوفيق ردت الدعوى و لم تسمع وإن كان التوفيق ممكناً بين المتناقضين.

ولعل هذا الرأي ينظر إلى أن مركز المدعي ضعيف في الأصل، لأنه يتمسك بخلاف الظاهر، بخلاف مركز المدعى عليه فإنه قوي، لأنه يتمسك بالظاهر، فإذا وقع المدعي -وهو صاحب المركز الضعيف- في التناقض، زاد هذا من ضعف جانبه وقوة جانب خصمه، حتى ولو كان التوفيق ممكناً، لأن تناقضه قرينة على ضعفه في دعواه، فإذا أضيف هذا إلى قرينة كونه مهاجماً ومخالفاً للظاهر، كان ذلك كافياً في اضعاف جانبه لدرجة ترد معها دعواه ولا تسمع. إلا أنه إذا وفق بالفعل بين كلاميه بطل فعل احدى القرينتين، فتظل دعواه مسموعة.

---

(١) انظر هذين المثلين في جامع الفصولين: جـ١ص١٢٨.

(٢) انظر المرجع السابق: جـ١ ص ١٥٢.

وقد يبدو هذا التوجيه ضعيفاً لأول وهلة، ولكن إذا نظرنا إلى أن أمر التناقض لا يثار إلا عندما يدفع به المدعى عليه، وأن الدفع في حقيقته ليس سوى دعوى يرد بها الخصم على دعوى خصمه الأصلية، وأنه إن كانت صحيحة لا بد لها من جواب عليها، تبين لنا قوة هذا التوجيه، لأن المدعى عليه حينما يقول رداً على الدعوى: إنها متناقضة مع كلام سابق للمدعي، فهو بهذا قد دفع الدعوى الأصلية، والقاضي يطلب الجواب من المدعي الأصلي، وهنا: إما أن يوفق المدعي بين كلاميه، وإما أن لا يوفق، فإن كانت الثانية دل على اقراره بالتناقض، لأنه إذا كان عنده أي وجه يوفق به فلم لم يفعل وهو محتاج إلى ذلك؟

الرأي الثالث: وهو أنه يشترط عدم امكان التوفيق إذا وقع التناقض في كلام المدعى عليه، ولا يشترط ذلك إذا وقع التناقض من المدعي، بل يُكتفى منه لتمنع دعواه أن يتناقض في الظاهر، وعندئذ لا يرتفع التناقض إلا إذا قام المدعي بالتوفيق الفعلي.

ووجه هذا القول أن المدعى عليه قوي الجانب، فلا يؤثر في مركزه القوي التناقض في الظاهر، فيقبل منه دفاعه إذا كان من الممكن حمل بعضه على ما لا يناقض البعض الآخر، ولا يؤثر في مركزه القوي سوى التناقض في أمرين لا يمكن التوفيق بينهما بوجه من الوجوه. وهكذا فإن امكان التوفيق بين كلاميه ينفعه. وأما المدعي فلا ينفعه مجرد امكان التوفيق، والسبب في ذلك ان الامكان صورة من صور الظاهر، والظاهر مرجح ضعيف ومركز المدعي ضعيف، لأنه يهاجم الواقع بدعواه، بينما جانب المدعى عليه قوي لأنه متمسك بالظاهر، والضعيف لا يصلح مرجحاً للمركز الضعيف، وإن كان يصلح مرجحاً للجانب القوي. وهذا شبيه بما قاله الحنفية من أن الظاهر حجة في الدفع لا في الاستحقاق، لأن الدافع قوي الجانب بعكس المستحق[1].

الرأي الرابع: وهو أن التناقض لا يكون مانعاًمن سماع الدعوى إذا كان امكان التوفيق بين المتناقضين بينا ظاهراً. ويكون كذلك إذا اتحد وجه التوفيق، وذلك عندما لا يتأتى الجمع

---

(١) الدر المختار مع تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص١٦، المجاني الزهرية: ص١٠٤.

بين المتناقضين إلا بوجه واحد، فيحملان عليه، ولا حاجة للمتناقض أن يذكره. وأما إذا تعدد وجه التوفيق، وذلك عندما يوجد احتمالات كثيرة يمكن أن يحمل عليها المتناقضان فذهبوا إلى أن التناقض يمنع من سماع الدعوى في هذه الحالة، ولا يرفعه إلا أن يوفق المتناقض بين كلاميه بوجه من وجوه التوفيق المحتملة[1].

وقد صوب الشيخ محمود في «جامع الفصولين» رأياً قريباً من هذا استنتجه من الفروع الفقهية في هذا الموضوع فقال (والأصوب عندي أن التناقض إن كان ظاهراً كسلب وايجاب والتوفيق خفياً ينبغي أن لا يكفي امكان التوفيق، وإلا ينبغي أن يكفي الإمكان، ويعضده ما مر في أوائل هذا الفصل)[2]. فواضح أن الشيخ ينظر في كفاية الامكان وعدمه إلى ظهور التناقض وظهور التوفيق أو خفائهما، لا إلى ظهور التوفيق وحده كما تقدم عند البعض. وقد ضرب مثلاً لظهور التناقض السلب والإيجاب، أي عندما يكون أحد الكلامين نافياً والآخر موجباً وأمثلة ذلك كثيرة:

فمن كان قد ادعى لغيره عيناً لا يمكن أن يدعيه لنفسه بعد ذلك، مع أنه يحتمل أن يكون قد اشتراه منه بعد تاريخ الدعوى السابقة، فإن وفق بهذا فعلاً وبرهن عليه قبلت دعواه وسمعت بينته، وإلا فلا[3]، لأن دعواه الأولى اقرار بالملك لغيره ونفي للملك عن نفسه، ودعواه الثانية ايجاب الملك لنفسه ونفيه عن غيره، فتناقض السالب مع الموجب فلا بد من التوفيق الفعلي في هذه الحالة لظهور التناقض وخفاء التوفيق، وكذلك من أقر بعين لغيره لا يملك أن يدعيه لنفسه[4] إلا إذا ادعى انتقال هذه العين إليه بسبب كالشراء مثلاً وبتاريخ لاحق لتاريخ اقراره، لما تقدم في المثال السابق من ظهور التناقض وخفاء التوفيق.

ومثال ما يكفي فيه الامكان بناء على رأي صاحب جامع الفصولين ما لو ادعى شخص

---

(١) تكملة حاشية ابن عابدين: ج٧ص١٥، ١٦، المجاني الزهرية: ص١٠٤.
(٢) جامع الفصولين: ج١ص١٥٢.
(٣) درر الحكام: ج٢ص٣٥٥، جامع الفصولين: ج١ص١٢٤.
(٤) جامع الفصولين:ج١ص١٢٣.

على آخر مبلغاً من المال، فدفع المدعى عليه بأنه أداه له في مكان كذا، فلما لم يستطع اثبات ذلك دفع بأنه أداه الدين في مكان آخر غير الذي ذكره في الدفع الأول فيقبل دفعه الثاني[1]، لإمكان التوفيق بأن يكون أداه مرتين لقطع مطالبته.

ولتوضيح ما تقدم من الآراء في هذه المسألة نذكر الأمثلة التالية بالإضافة إلى ما ذكر:

أ- فمثال التناقض الذي لا يمكن توفيقه: ما لو ادعى شخص على آخر وديعة، فدفع المدعى عليه بأن المدعي لم يودع شيئاً عنده أصلاً، فبرهن المدعي على ايداعه، فدفع المدعى عليه مرة أخرى بأنه رد الوديعة أو بأنها هلكت لم يقبل دفعه الأخير لتناقضه مع انكاره السابق لأصل الوديعة[2] إذ من المستحيل أن يقع رد للوديعة أو هلاكها بدون وقوع عقد ايداع، وهذا تتفق عليه جميع الآراء المتقدمة.

ب- ولو أن المدعى عليه في المثال السابق قال في جوابه: ليس لك علي شيء، فبرهن المدعي على الايداع فدفع المدعى عليه برد الوديعة أو هلاكها، سمع دفعه، ونقل الشيخ محمود في «جامع الفصولين» عن بعض الحنفية أن الدفع يسمع في هذه الحالة لامكان التوفيق[3]، ونعتقد بأن هذا المثال ليس فيه تناقض أصلاً، لأن قول المدعى عليه: ليس لك عليّ شيء لا يدل على انكاره لعقد الايداع من أصله، بل يدل على نفي التزامه قبل المدعي الآن، وإدعاء الرد أو الهلاك بعد ذلك مؤكد لهذا وليس مناقضا له. وبناء عليه ينبغي أن يسمع الدفع به على جميع الآراء المتقدمة.

جـ- ولو أن شخصاً ادعى علىآخر ديناً، فقال المدعى عليه: لم يكن لك علي شيء قط، فلما خشي أن يثبت المدعي دعواه دفع بأنه كان قد قضاه اياه: فمن اعتبر الامكان من الآراء المتقدمة قبل هذا الدفع، لجواز أنه لم يكن للمدعي شيء على المدعى عليه، وإنما كان قد

---

(١) جامع الفصولين: جـ١ص١٤٦.
(٢) المرجع السابق: جـ١ص١٤٩، تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٦، ١٣٧، العقد المنظم للحكام: جـ٢ص١٩٨، التاج المذهب: جـ٤ص١٢.
(٣) جامع الفصولين: جـ١ص١٤٩.

قضاه ما يدعيه عليه باطلاً كي لا يجره إلى القضاء، أو كي يدفع دعواه الباطلة إذا ما جره إلى القضاء[1]، ومن لم يعتبر الامكان مطلقاً لا يسمع هذا الدفع إلا إذا وفق بما ذكر. ومن اعتبر الامكان بالنسبة للمدعى عليه سمع هذا الدفع، لأن التناقض وقع في هذا المثال من المدعى عليه، ومن نظر إلى ظهور التوفيق وعدمه المبني على وحدة وجوهه أو تعددها قال بسماع هذا الدفع، اذ لا وجه للتوفيق غير ما ذكر.

د- ادعى شخص على آخر أن الدار التي في يده ملك له ورثها عن أبيه منذ سنة، ثم ادعاها ثانية بعد عجزه عن إثبات دعواه الأولى بأنها اشتراها من فلان منذ سنتين، فهل تقبل دعواه الأخرى؟.

- فأما أصحاب الرأي الذين اشترطوا عدم امكان التوفيق لاعتبار التناقض مانعاً من سماع الدعوى، فعندهم هذه الدعوى مسموعة، لأن التوفيق بين الدعويين ممكن، وذلك لامكان انه اشتراها من فلان منذ سنتين، ثم باعها لأبيه، فلما مات أبوه ورثها عنه منذ سنة.

- وأما أصحاب الرأي الثاني: وهم الذين لا يشترطون عدم امكان التوفيق لاعتبار التناقض مانعاً من سماع الدعوى، فإن هذه الدعوى لا تكون مسموعة عندهم، اللهم إلا إذا وفق المدعي بين الدعويين بالفعل، فذكر ابتياعه للدار منذ سنتين، وانتقال ملكها إلى أبيه، ثم انتقالها إليه مرة أخرى عن طريق الإرث[2].

- وأما أصحاب الرأي الثالث، وهم الذين اشترطوا عدم إمكان التوفيق إذا كان التناقض صادراً عن المدعى عليه، فلا يسمعون مثل هذه الدعوى، لأن التناقض هنا صادر عن المدعي، فيكفي في منع سماع دعواه أن يقع التناقض ولو في الظاهر، فإن فسر ما صدر عنه بما ذكر من التوفيق وبرهن عليه قبلت دعواه، وإلا فلا.

---

(١) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٤، الدر المختار وتنوير الابصار مع تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص٢٧، ٢٨، درر الحكام: جـ٢ص٣٥٤، جامع الفصولين: جـ١ص١٢٨.

(٢) مباحث المرافعات: ص٥٩.

- وأما أصحاب الرأي الأخير فيذهبون إلى أن هذه الدعوى لا تكون مسموعة، لأن إمكان التوفيق ليس متعيناً في الوجه الذي ذكر، فإن انتقال الملك إلى المتوفى المورث قد يكون سببه غير الشراء كالهبة ونحوها، فلا بد من التوفيق الفعلي.

والواقع أن تلك الآراء المتقدمة لم ترد بذلك التفصيل في كتب فقهاء الحنفية المتقدمين، وإنما استنتجها المتأخرون من مسائل وفروع فقهية وردت في تلك الكتب. وقد جمع الشيخ محمود الشهير بابن قاضي سماوة كثيراً من تلك الفروع، واستنبط منها كثيراً من القواعد المتعلقة بالتناقض. والذي ينظر في تلك الفروع الفقهية الكثيرة يجد أن المتقدمين اكتفوا في بعضها بامكان التوفيق، فأغفلوا التناقض وسمعوا الدعوى بالرغم من وجود التناقض في ظاهر الأمر، وفي بعض آخر نصّوا على ضرورة التوفيق الفعلي، كما نجدهم في بعض الأحيان ينبهون إلى عدم وجود التناقض في بعض المسائل، وإن كان ذلك متوهما فيها[1]، ويؤخذ من هذا أن أولئك اعتبروا التناقض على درجات تتفاوت في قوتها: فمنها ما يتحقق فيه المعنى الأصولي للتناقض بحيث يستحيل فيها التوفيق بوجه من الوجوه، ومنها ما يمكن فيه التوفيق بتكلف شديد، ومنها ما يكون فيه التوفيق ظاهراً، وبين هذه الدرجات رتب أخرى: فأما الدرجة الأولى فهي التي اتفقوا على أن الدعوى في جميع مسائلها لا تكون مسموعة بسبب هذا التناقض البين الذي لا مخلص منه، وأما الدرجات الأخرى فهي التي اختلف فيها: هل يكفي الامكان فيها أم لا يكفي، ولعل أحسن الحلول من تلك الآراء المتقدمة هو الحل الذي صوبه الشيخ محمود، والذي ذكرنا تفصيله فيما تقدم والذي مؤداه أن التناقض الذي لا يوفق بين طرفيه إلا بتكلف لا بد في ابطال أثره من التوفيق الفعلي من قبل المتناقض وغيره يُكتفى فيه بالإمكان، ولا يسأل المتناقض عن تفسيره، وبناءً على ذلك ينبغي أن يعطى القاضي سلطة تقديرية بالنسبة لمقدار قوة التناقض أو ظهور التوفيق. ووجه قوة رأي الشيخ محمود أن

---

(١) لقد أفرد الشيخ محمود فصلاً خاصاً من كتابه «جامع الفصولين» ذكر فيه كثيراً من الفروع الفقهية المتعلقة بالتناقض في الدعوى وبدعاوي الدفع -انظر جامع الفصولين: الجزء الأول،الفصل العاشر ص١٢٣-١٥٩، ولا يخفى ما بينهما من العلاقة، فإن التناقض غالباً ما يثيره المدعى عليه بشكل دفع لدعوى خصمه.

الإمكان ظاهر، والتوفيق الفعلي نص، والأول أضعف من الثاني، فيكتفي بالضعيف في رفع التناقض الضعيف ولا بد من القوي في إبطال أثر التناقض القوي الظاهر.

هذا التفصيل المتقدم إنما هو لفقهاء الحنفية، وأما المذاهب الأخرى، فالظاهر من بعض النصوص عند المالكية والشافعية والحنابلة أنهم يقولون بضرورة التوفيق الفعلي:

- ففي «القوانين الفقهية» قال ابن جزي[1] (اذا أنكر المدعى عليه انكاراً كلياً على العموم ثم اعترف بذلك، أو قامت عليه بينة بعد ذلك بالبراءة لم تنفعه لانكاره أولاً .. وتنفعه إن أتى بوجه له فيه عذر)[2]. فلعله يقصد بالعذرالتوفيق الفعلي بين كلاميه المتناقضين.

- وفي «أدب القضاء» للقاضي ابن أبي الدم الشافعي «من أقر لغيره بالملك ثم ادعاه مطلقاً لم تقبل دعواه حتى يدعي تلقي الملك منه.. »[3]، كما قال المحلي[4] في شرح المنهاج (ومن أقر لغيره بشيء لم تسمع دعواه إلا أن يذكر انتقالاً منه، لأنه مؤاخذ باقراره ويستصحب إلى الانتقال)[5]، فقد نصا على وجوب التوفيق الفعلي لرفع التناقض.

- وفي «مختصر فتاوى ابن تيمية» ما نصه: (ولا تقبل الدعوى بما يناقض اقراره إلا أن يذكر شبهة تجري بها العادة)[6]، فلعله يقصد بذلك التوفيق بين الإقرار السابق ودعواه بتوفيق معقول عادة.

---

(١) هو محمّد بن أحمد بن جزي الكلبي: من أهل غرناطة، كان فقيهاً حافظاً، ألف كثيراً من الكتب فنون شتى منها: كتاب وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم وكتاب «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية» وكتاب «تقريب الوصول إلى علم الأصول» وكتاب «النور المبين في قواعد عقائد الدين»، توفي شهيداً في عام ٧٤١هـ- الديباج المذهب : ص٢٩٥، ٢٩٦.

(٢) القوانين الفقهية: ص٢٩١.

(٣) أدب القضاء -ابن أبي الدم: ق٥١ب.

(٤) هو محمّد بن أحمد الجلال أبو عبدالله المحلي الشافعي (٧٩١-٨٦٤هـ): اشتغل في كثير من الفنون، وكان مفرط الذكاء شرح جمع الجوامع والورقات والمنهاج الفقهي والبردة شروحاً متقنة-البدر الطالع: جـ٢ص١١٥.

(٥) شرح المنهاج للمحلي: جـ٤ص٣٤٤.

(٦) مختصر الفتاوي المصرية: ص٦٠٨.

ويجدر بالذكر أن الإمام زفر ذهب كالجمهور إلى ضرورة التوفيق الفعلي، ولم يكتف بامكان التوفيق، فقد جاء في «جامع الفصولين»: (لو ادعى عليه مالاً، فقال: ما كان لك علي شيء قط، فبرهن المدعي، وهو برهن على قضائه أو ابرائه تقبل عندنا لامكان التوفيق لا عند زفر، للتناقض)[1].

٥- ويشترط أيضاً لتحقق التناقض المانع من سماع الدعوى أن لا يكون الكلام الأول قد كذب شرعاً بالقضاء[2]، فلو ادعى شخص على آخر أنه كفل له عن مديونه بألف، فأنكر الكفالة، وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه، وحكم به القاضي، وأخذ المكفول له منه المال، ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كفل عنه بأمره[3]، وبرهن على ذلك، قبلت هذه الدعوى وسمعت البينة، وإن كانت هذه الدعوى مناقضة لما سبق منه من انكار للكفالة عندما ادعاها عليه الدائن، وذلك لأن انكاره السابق بطل مفعوله بتكذيب الحاكم له[4] ومثاله أيضاً ما ذكره ابن الغرس من أنه لو أمر مدين شخصاً آخر بقضاء دينه، ثم زعم المأمور أنه قضاه عن آمره، وصدقه الآمر، وكان الإذن بقضاء الدين مشروطاً برجوع المأمور على الآمر، فرجع المأمور على الآخر بالمال، ثم جاء رب الدين بعد ذلك، وادعى على الآمر المديون بدينه، وأن المأمور لم يقضه شيئاً، وأثبت ذلك، فقضى له القاضي على الآمر بأداء الدين فأداه، فاذا ما ادعى الآمر على المأمور بما كان رجع به عليه بحكم تصديقه السابق، فهذه الدعوى مسموعة بالرغم من تناقضها مع تصديق المدعي للمدعى عليه فيما كان زعمه من الدفع للدائن، وذلك لأن القاضي أكذب المدعي الذي هو الآمر فيما سبق منه من تصديق

---

(١) جامع الفصولين: جـ١ص١٢٨، وورد ما هو قريب من ذلك في درر الحكام: جـ٢ص٣٥٤.

(٢) الفواكه البدرية: ص٩٩، الدر المختار وتكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص١٨، جامع الفصولين وحاشية اللآلي الدرية: جـ١ص١٤٠.

(٣) وإنما اشترطوا لتصحيح المثال أن تكون الكفالة بالأمر، لأن أصل الكفالة ثابت بالقضاء في الدعوى الأولى، فهذه من المسائل التي يكون القضاء بها على الحاضر قضاء على الغائب، والدعوى الثانية انما احتاج لها الكفيل لاثبات أن الكفالة كانت بالأمر، وليست بالنفس - تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص١٨، فإنها لو كانت بالنفس لما كان للكفيل أن يرجع على المكفول له، وإنما يكون تصرفه من قبيل التبرع- درر الحكام: جـ٢ص٣٩٦، ٣٠٢.

(٤) جامع الفصولين: جـ١ص١٤٠، تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص١٨.

المأمور، حيث قضى عليه بدفع الدين إلى الدائن[1].

هذا ما قرره كثير من علماء الحنفية، غير أنه ورد في «بدائع الصنائع» ما يخالف هذا الأصل، فقد قال الكاساني[2]: (ادعى على رجل انه اشترى منه عبداً بعينه، والعبد في يد البائع، فأنكر البائع البيع، فأقام المشتري البينة، وقضى القاضي به، ثم وجد به عيباً، فأراد أن يرده على البائع، فأقام البائع البينة على أن المشتري كان أبرأه عن كل عيب لم تسمع دعواه، ولا تقبل بينته، لأن انكار البيع يناقض دعوى الإبراء عن العيب، لأن الابراء يقتضي وجود البيع، فكان مناقضاً في دعوى الإبراء، فلا تسمع)[3]، ففي هذا المثال اعتبر التناقض مانعاً من سماع الدفع بالإبراء عن العيب، لمناقضته لإنكاره السابق لأصل عقد البيع، مع أن هذا الانكار كان القضاء قد كذبه.

لكن صاحب «جامع الفصولين» بعد أن نقل عن الهداية ذلك المثال المتقدم، اعترض على اعتبار ذلك الإنكار السابق مانعاً من سماع دعوى البراءة فقال: (وأقول: بل ينبغي أن تقبل بينته في المسألة عندنا وفاقاً، خلافاً لزفر، لأنه صار مكذباً شرعاً ببينة المدعي، فلحق انكاره بالعدم)[4]، كذلك اعترض -بناء على هذا الأصل- على اعتبار التناقض مانعاً من سماع الدعوى في مثال آخر نقله عن الذخيرة وهو: أنه لو (ادعى شخص ثمن قن، فأنكر خصمه الشراء، فبرهن عليه المدعي، فبرهن خصمه على ايفاء ثمنه) فقرر أن هذا الدفع ينبغي أن يكون مسموعاً لما تقدم ذكره من -تكذيب الشرع لما كان قد سبق انكاره[5].

هذا وقد حاول بعض المتأخرين من علماء الحنفية تفسير ذلك الاختلاف الواقع في أقوال

---

(١) الفواكه البدرية: ص٩٩، ١٠٠.
(٢) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين، ملك العلماء الكاساني، صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء، أخذ العلم عن علاء الدين محمّد السمرقندي صاحب التحفة، توفي سنة ٥٨٧هـ، ودفن بظاهر حلب الفوائد البهية: ص٥٣.
(٣) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٤.
(٤) جامع الفصولين: جـ١ص١٤٠.
(٥) المرجع السابق.

المتقدمين بالنسبة لتلك المسائل المتشابهة بتأويلات بعيدة[1]، والذي ذهب إليه الشيخ محمود في «جامع الفصولين» أكثر ظهوراً وانسجاماً مع الأصل الذي اعتمدوه وهو أن لا تناقض إذا كان الكلام الأول قد كذبه الشرع. والواقع أن الكلام الأول حينما يكذبه الشارع يصبح في حكم المعدوم[2]، وبالتالي لا يصح أعماله، سواء كان ذلك في القضية الأولى التي قيل فيها، أو في القضية الثانية التي نوقض فيها، لأن أعماله في أي منهما هو إهمال لتكذيب الشارع، وهو لا يجوز.

ولكن متى يكون الكلام الأول مكذباً شرعاً هل لا بد في ذلك من صدور حكم بخلافه؟ أم يكفي قيام البينة الشرعية على نقضه؟

الذي يظهر من الأمثلة التي ذكرها صاحب «جامع الفصولين» وغيره أنه يكتفى في ذلك بقيام البينة الشرعية[3]، فمنذ قيامها يصبح الكلام الأول لاغياً يجوز مناقضته بدعوى لاحقة.

حكم التناقض:

ذكر علماء الحنفية أن التناقض إذا وقع بالشروط المتقدمة كان مانعاً من سماع الدعوى، سواء كان المدعي -الذي ناقض كلامه السابق بدعواه- يدعي لنفسه، أو كان يدعي لغيره: فمن أقر بعين لغيره، فكما لا يملك أن يدعيها لنفسه لا يملك أن يدعيها لغيره بوكالة أو وصاية[4].

هذا هو الأثر المترتب على تناقض المدعي في دعواه. ولكن هذا الأثر -وهو المنع من سماع الدعوى- قد يرتفع، **فتسمع الدعوى بالأمور التالية.**

أولاً تصديق الخصم:

فلو أن شخصاً ادعى على آخر ألف دينار بسبب القرض، ثم ادعاه عليه بسبب الكفالة،

---

(١) انظر تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص٣٣.

(٢) جامع الفصولين: جـ١ص١٤٠.

(٣) المرجع السابق.

(٤) جامع الفصولين جـ١ص١٢٣، موجز في المرافعات الشرعية: ص٣٩، المادة ١٦٤٨ من مجلة الأحكام العدلية، مرآة المجلة: جـ٢ص٤٠٢.

فصدقه المدعى عليه، سمعت دعواه بالرغم من تناقضه[1]، وسبب ذلك أن المدعي عندما صدر عنه كلامان متناقضان دل ذلك على أنه كـاذب في أحدهمـا لا محالـة، واحتمـال صـدق أي منهما قائم، وإنما حكـم بكـذب دعـواه لتعلـق حـق خصمـه بـالكلام الأول، فـإن الكلامـين صادران عن شخص واحد، واعتبار الأول منهما يهدر حق قائله، بينمـا اعتبـار الثـاني يهـدر حق غير قائله، والإنسان له سلطة على اهدار حق نفسه وليس له سـلطة في ذلـك علـى حـق غيره، لذلك أعمل كلامه الأول، وسقط الثاني، ومن هنا كان اعتبار التناقض مانعاً من سماع الدعوى مراعاة لحق الخصم، فإذا تنازل الخصم عن حقه، فصدق المدعـي في كلامـه الأخـير، فلا بد من اعماله والحكم به. ويسري هذا على جميع صور التناقض المتقدمة.

هذا وليس شرطاً أن يقع تصديق الخصم بعد الادعاء وفي مجلس واحد، فـإن المتنـاقض إذا استطاع ان يثبت وقوع هذا التصديق من خصمه، ولو في زمن سابق، كان ذلك من حقه، فإن فعل قبلت دعواه، ولم يمنع من سماعها التناقض، ومثال ذلك: ما لو باع رجل لآخـر بيتـاً بـألف جنيه، وأشهد على نفسه في عقد البيع أنه قبض جميع الثمن، ثم ادعى على المشتري أنه أقر ببقاء نصف الثمن في ذمته، سمعت الدعوى، فإذا أثبتها بالبينة قضي له. ووجه ذلك أنه لما ادعى إقرار المشتري بذلك، فقد ادعى تصديق الخصم فيه وأثبته بالبينة، والثابت بالبينة خارج مجلس القضـاء مثل الثابت عياناً بحضرة القاضي، ولا شك في أنه لو أقر المشتري بشـيء مـن الثمـن في حضـرة القاضي لعومل باقراره واعتبر ذلك تصديقاً من قبله رافعاً لتناقض الدعوى[2].

ذلك التفصيل يذكره علماء الحنفية، وقد صرحت به بعض كتب الشافعية: فقـد جـاء في حاشية القليوبي على المحلي (ولو ادعـى علـى شـخص انفـراده بـالقتل، ثـم ادعـى علـى آخـر الشركة أو الانفراد لم تسمع الثانية، لأن الأولى تكذبها، ولا يمكن من العود إلى الأولى، لأن الثانية تكذبها، نعم إن صدقه الثاني وكان قبل الحكم بالأولى سمعت الثانيـة للاقـرار وبطلـت

---

(١) الدر المختار وتكملة حاشية ابن عابدين: ج٧ص١٧، ١٨، موجز في المرافعات الشرعية-احمد ابراهيـم: ص٤٢، مباحث المرافعات: ص٥٦.

(٢) مباحث المرافعات: ص٥٦.

الأولى)[1]. وهذا بخلاف الحنبلية، فإن الدعوى الثانية عندهم لا تكون مسموعة حتى لو أقر المدعى عليه فيها بصدق المدعي، فقد جاء في «الفروع»، و«كشاف القناع» وغيرهما[2] (فلو ادعى أنه قتل أباه منفرداً، ثم ادعى على آخر مشاركته فيه لم تسمع الدعوى الثانية، ولو أقر الثاني، إلا أن يقول: غلطت أو كذبت في الأولى).

ثانياً: قول المتناقض: تركت كلامي الأول وأدعي بكذا[3]:

وقد تقدم قبل قليل قول الحنبلية ان التناقض يرتفع فتسمع الدعوى الثانية بقول المدعي: غلطت أو كذبت في الأولى.

وقد اعترض صاحب قرة عيون الأخيار على جعل رجوع المتناقض عن كلامه الأول رافعاً للتناقض بقوله (أقول: فيه أنه حينئذ لا يبقى تناقض أصلاً، لأن كل متناقض يمكنه أن يقول ذلك، والظاهر أن هذا مخصوص بمسألة ما إذا ادعاه مطلقاً ثم ادعاه بسبب، فإذا قال ذلك قبل قوله، أما لو قال: هذا ملك المدعى عليه، ثم قال: بل ملكي تركت الأول وادعي بالثاني، فلا قائل به، ويرشدك إلى ذلك قوله: تركت الأول..)[4] قال الشيخ أحمد ابراهيم: (أي لأن الكلام الأول في المثال الأخير يرتب حقاً لغير المتناقض، فلم يكن حقاًخالصاً له، فليس له أن يتركه، لأن الإنسان لا يترك إلا ما يملك بينما في المثال الأول لا يترتب على ترك كلامه الأول ضياع حق لغيره، فيملك ذلك)[5]، ثم قال: (والحاصل انه إذا ترتب على تركه الكلام الأول تفويت حق لغيره، فلا يقبل منه هذا الترك، وإلا قبل)[6].

هذا ما ذهب إليه صاحب تكملة حاشية ابن عابدين وبعض المحدثين ممن نقل عنه (والواقع

---

(١) حاشية القليوبي على شرح المنهاج للمحلي: جـ٤ص١٦٤، ١٦٥.

(٢) كشاف القناع: جـ٤ص٢٠٣، الفروع: جـ٣ص٨٠٨، شرح المنتهى: جـ٤ص٢٧٦، غاية المنتهى: جـ٣ص٤٤٨.

(٣) الدر المختار وتكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص١٧، ١٨.

(٤) تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص١٧.

(٥) عن كتاب «موجز في المرافعات الشرعية» لأحمد ابراهيم: ص٤٢ بتصرف بسيط.

(٦) المرجع السابق.

أنهم اعتمدوا في ما ذهبوا إليه على ما ورد في الدر المختار حيث جاء فيه: (والتناقض يرتفع بتصديق الخصم، وبقول المتناقض: تركت الأول وأدعي بكذا)[1]، و لم يرد فيه تفسير لقوله «الأول»، فحمله صاحب التكملة ومن نقل عنه من المحدثين على أول كلام صدر من المتناقض، ولعل المقصود به غير ما فهموه، وبيان ذلك فيما يلي:

فإن المفروض في الأمثلة التي ذكروها أن المدعي صدر عنه كلام سابق على الدعوى التي جاءت مناقضة له، فهاذ هو الكلام الأول، والدعوى التي جاءت بعده هي الكلام الثاني، والمفروض أنها جاءت مناقضة لذلك الكلام الأول، والمفروض أيضاً أن المدعي تكلم كلاما ثالثاً رجع فيه عما كان صدر منه، ولكن ما هو الشيء الذي رجع عنه بهذا الكلام الأخير؟ هل هو أول كلام صدر عنه قبل الادعاء؟ أم هو الدعوى نفسها التي جاءت مناقضة لذلك الكلام الأول؟ الذي يظهر من كلام صاحب التكملة ومن نقل عنه بعده أنهم اعتبروا الرجوع عن أول كلام، والظاهر أن ما قصده صاحب الدر المختار هل الرجوع عن الدعوى الأولى التي جاءت مناقضة للكلام الأول الصادر قبلها إلى دعوى جديدة توافق ما كان صدر عنه أولاً ولا تناقضه. وهكذا فإن المقصود بـ «الأول» في «نص الدر المختار» إنما هو الدعوى الأولى، فإنها تسمى بالنسبة للدعوى الجديدة «كلاماً أولاً» **ويدل على صحة هذا الفهم أمران:**

الأمر الأول: أن قول المتناقض (تركت كلامي الأول وأدعي بكذا) -اذا كان المقصود «بالأول» فيه ما فهمه صاحب التكملة ومن نقل عنه- فلا يمكن أن يكون له أثر في رفع التناقض مطلقاً، لما قاله صاحب التكملة من أنه لو جعل ذلك لكل متناقض لما بقي تناقض أصلاً، ولأدى ذلك إلى الغاء شرط عدم التناقض في الدعوى، فلا يجوز أن يعطى المتناقض هذا السلاح، نعم لو كان كلامه السابق اقراراً، فقال: كذبت فيه، فقد ذهب أبو يوسف أنه يحلف المدعى عليه في هذه الحالة على أن المدعي كان صادقاً في اقراره السابق، فإن حلف ثبت حقه فيما أقر به المدعي، وإن نكل فلا شيء له منه[2]. وأما أبو حنيفة فقد ذهب في

---

(١) الدر المختار-انظر تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص١٧.

(٢) طرق القضاء-احمد ابراهيم: ص١٥٩، ١٦٠.

هذه المسألة إلى أنه لا عبرة بتكذيب المقر لاقراره السابق ويؤمر بتسليم ما أقر به للمقر له. وفي هذا تأكيد لكلام صاحب التكملة المتقدم، لأنه إذا كان تكذيب المقر لاقراره غير معتبر عند أبي حنيفة، فكذلك قوله (تركت كلامي الأول).

وأما الصورة التي قصر صاحب التكملة أثر قول المتناقض (تركت كلامي الأول) عليها -وهي مسألة ما إذا ادعاه مطلقاً ثم ادعاه بسبب- فليس فيها تناقض أصلاً حتى يقال: إن رجوع المتناقض عن كلامه الأول رفعه، والدعوى الثانية فيها مسموعة حتى لو لم يقل المتناقض: تركت كلامي الأول[1]، وذلك أن مدعي الملك يدعي في البداية شيئاً أكثر من الملك بسبب، إذ لو ثبت ذلك لكان مالكاً للشيء ملكاً مطلقاً، ولم يكن لملكه بداية، ولذلك يحكم له بجميع زوائد الشيء الذي أثبت أنه يملكه ملكاً مطلقاً، بينما الملك بسبب لو ثبت لأوجب له ملكيته الشيء من تاريخ حدوث السبب، بحيث لا يحكم له من زوائده إلا بما نتج بعد هذا التاريخ. فالمدعي في الصورة المذكورة ادعى أولاً شيئاً، ثم تنازل عن بعض منه وادعى الباقي، فلم يكن في دعواه الثانية مناقضاً لدعواه الأولى. ثم انه بناء على أصلهم في أن التناقض لا يمنع من سماع الدعوى إلا إذا كان الكلام الأول قد رتب حقاً لغير المتناقض، لا يكون التناقض في المسألة المذكورة متحققاً، لأن الكلام الأول فيها لم يرتب حقاً لغير المتكلم.

الأمر الثاني: أن صاحب التكملة نقل مثلاً عن الذخيرة على رجوع المتناقض عن كلامه لا يستقيم التمثيل فيه إلا بناء على الفهم الذي صححناه سابقاً وهو قوله:(لو ادعاه مطلقاً فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيداً وبرهن عليه، فقال المدعي: أدعيه الآن بذلك السبب، وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع)[2]، فليس في هذا المثال رجوع عن أول كلام صدر عن المدعي وهو دعوى الملك المقيد، وإنما فيه رجوع إليه كما هو واضح، والرجوع فيه إنما هو عن دعوى الملك المطلق، وهي التي جاءت مناقضة للكلام الأول.

---

(١) انظر في ذلك ما نقله ابن قاضي سماوة عن كتاب الدعاوى لأحمد بن محمّد السمرقندي في جامع الفصولين: جـ١ص١٣٧.

(٢) تكملة حاشية ابن عابدين: جـ٧ص١٧.

وبناء على التفسير المتقدم لما جاء في الدر المختار لا يرد عليه ما قاله صاحب التكملة من انه حينئذٍ لا يبقى تناقض أصلاً، لأنه يشترط حينئذ أن لا يكون الكلام الثالث، وهو آخر ما رجع إليه مناقضاً للكلام الأول، ولا للكلام الذي صدر بعده، وهو الدعوى الأولى التي رجع عنها، وإلا منع من سماع دعواه الأخيرة التي رجع إليها آخراً: فلو أنه في المثال السابق ادعى ملكاً بسبب الإرث، ثم ادعاه ملكاً مطلقاً، ثم ادعاه بسبب الشراء، فلا ينبغي أن تقبل دعواه الأخيرة لمناقضتها للدعوى الأولى.

ثالثاً: التوفيق الفعلي بين المتناقضين: تقدم في شروط تحقق التناقض تفصيل مذاهب علماء الحنفية في كفاية امكان التوفيق لعدم تحقق التناقض أو عدم كفايته وضرورة التوفيق الفعلي لرفع أثره، فإنه بناء على مسلك من اشترط التوفيق الفعلي، إذا وقع ارتفع التناقض، وكان هذا مانعاً من ترتب أثره –وهو منع سماع الدعوى– عليه.

استثناءات شرط عدم التناقض:

يقرر علماء الحنفية أن التناقض لا يمنع من سماع الدعوى في حالتين:

الحالة الأولى: في المسائل التي تخفي أسبابها [1] ومنها:

أ– **مسائل النسب:** ذلك كأن يقر شخص بأن فلاناً ابنه من الزنا، وكان هذا مجهول النسب، ثم يدعي بأنه ابنه من النكاح تسمع دعواه، وإن كانت مناقضة لاقراره السابق[2] وقد علل الكاساني هذا الاستثناء بأن بيان النسب مبني على أمر خفي وهو العلوق وهذا مما يغلب خفاؤه على الناس، فكان التناقض في مثله غير معتبر[3].

---

(١) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٤، درر الحكام: جـ٢ص٢٥٦، الفواكه البدرية: ص١٠٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٨٧، جامع الفصولين: جـ١ص١٣٥، ١٣٦، اللآلِيء الدرية على جامع الفصولين: جـ١ص١٤٥، فصل القضية: ص١٢، المادة ١٦٥٥ من مجلة الأحكام العدلية، موجز في المرافعات الشرعية –أحمد ابراهيم: ص٣٩، الأصول القضائية: ص١١.

(٢) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٤، الأصول القضائية: ص١١.

(٣) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٤.

ب- مسائل العتق: وذلك كما لو أقر مجهول النسب بالرق لرجل، ثم ادعى أنه حر الأصل تسمع دعواه وتقبل بينته على ذلك[1]، وذلك لأن العتق مما ينفرد به السيد فيخفى على العبد، فقد يكون أقرّ بالرق سابقاً ثم تبين أن سيده كان قد اعتقه. ولهذا فإن الخفاء لا يتحقق بالنسبة للسيد، لأنه هو الذي يستبد بالعتق، فلا يكون خفياً بالنسبة له[2].

جـ- بعض المسائل المتعلقة بالطلاق: ومثالها ما لو اختلعت امرأة زوجها على مال ثم ادعت أنه كان طلقها ثلاثاً قبل وقوع الخلع، سمعت دعواها وبينتها، لخفاء وقوع الطلاق عليها[3]. والظاهر أن الخفاء لا يتحقق بالنسبة للرجل، لأنه هو الذي يطلق، فلا يكون خافياً عليه فعل نفسه، بخلاف المرأة، فقد لا تعلم بوقوع الطلاق، فيغتفر التناقض بالنسبة لها، ولا يغتفر بالنسبة للرجل.

تلك أمثلة على مواضع الخفاء التي يغتفر فيها التناقض، وقد يوجد غيرها، فينبغي أن يترك أمر تحديد ذلك إلى تقدير القاضي. ومن الأمثلة على اغتفار التناقض في غير تلك المواضع:

- ما لو ادعى المستأجر على المؤجر بأن العين المأجورة ملكه، وأن أباه كان قد اشتراها له في صغره، و لم يكن له خبر بذلك، وأثبت ذلك، قبلت بينته، و لم يكن التناقض مانعاً من سماع دعواه[4].

- وكذلك لو استأجر شخص داراً، فعلم أنها منتقلة إليه من أبيه إرثاً، فادعى بذلك سمعت دعواه[5].

- وكذلك لو أبرأ الوراث الوصي ابراء عأما بأن أقر أنه قبض تركة والده، فلم يبق له

---

(١) المرجع السابق.

(٢) جامع الفصولين: جـ١ص١٣٥.

(٣) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٤، جامع الفصولين وحاشية اللآلئ الدرية: جـ١ص١٣٥، ١٣٦، الرسائل الزينية ق٨١أ، الفواكه البدرية: ص١٠٢.

(٤) المادة ١٦٥٥ من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) الفواكه البدرية: ص١٠٢، المادة ١٦٥٥ من مجلة الأحكام العدلية.

حق منها إلا استوفاه، ثم ادعى في يد الوصي شيئاً من تركة أبيه، قبلت دعواه وسمعت بينته[1]. ولعل كثيراً من المسائل المتعلقة بالإرث والدعاوي التي يقيمها الورثة تعتبر أموراً خفية يغتفر فيها التناقض.

- ومما يلتحق بهذا أيضاً انه قال: هذه رضيعتي ثم اعترف بالخطأ يصدق في دعواه الخطأ وله أن يتزوجها بعد ذلك[2]، وذلك لأن معرفة هذا الأمر مما يخفى عليه، ولا يصل إليه إلا عن طريق الناقل، وقد يطلع على خطأ الناقل بعد اقراره[3]. غير أنه ذكر ابن الغرس أن «هذا مشروط بما إذا لم يثبت على اقراره بأن قال: «هو حق» أو «صدق» أو «كما قلت» أو أشهد عليه بذلك شهوداً أو ما في معنى ذلك من الثبات اللفظي الدال على الثبات النفسي، وأما إذا تكرر إقراره بذلك هل يكون التكرار ثباتاً -أي لفظياً دالاً على الثبات النفسي- واختلف في ذلك العصريون: فمن مقتصر في ذلك على المنقول وأن يكون ذلك لا يكون ثباتاً لفظياً فلا يدل على الثبات النفسي، ومن قائل إن ذلك يكون ثباتاً لفظياً دالاً على الثبات النفسي)[4].

- كذلك لو صدق الورثة امرأة أنها كانت زوجة لمورثهم عند وفاته، فدفعوا إليها نصيبها من الإرث، ثم رفعوا دعوى يطلبون فيها اعادة الميراث الذي اخذته بحكم الطلاق المانع منه، ان هذه الدعوى تكون مسموعة، لقيام العذر في ذلك لهم، حيث استصحبوا الحال في الزوجية وخفيت عليهم البينونة، لأنها مما ينفرد به الزوج[5].

- ومنها أيضاً ما إذا اشترى شخص ثوباً مطوياً في جراب أو منديل أو غير ذلك، فلما نشره قال: هذا متاعي سمعت دعواه وقبلت بينته[6].

فالدعوى في تلك المسائل ونحوها مسموعة بالرغم من التناقض بسبب الخفاء في طرقها،

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٨٨.
(٢) الفواكه البدرية: ص١٠٠، طرق القضاء- أحمد ابراهيم: ص١٦٢.
(٣) الفواكه البدرية: ص١٠١.
(٤) الفواكه البدرية: ص١٠٠، ١٠١.
(٥) المرجع السابق.
(٦) الفواكه البدرية: ص١٠٢.

وهذا هو المفتى به عند الحنفية. وهناك بعض مشايخهم اعتبروا التناقض مانعاً من سماع الدعوى مطلقاً إلا في مسألة الرضاع التي تقدم ذكرها[1].

الحالة الثانية: إذا تبين ان المتناقض كان معذوراً في كلامه أو فعله الأول بغض النظر عن كونه في محل خفاء، وذلك كأن يكون مضطراً أو محتاجاً لذلك الكلام أو الفعل، ومثاله ما ذكره ابن نجيم[2] عن شيخ الإسلام القاضي علاء الدين المروزي[3] حيث قال: (يقع عندنا كثيراً أن الرجل يقر على نفسه بمال في صك ويشهد عليه، ثم يدعي أن بعض هذا المال قرض وبعضه ربا عليه، ونحن نفتي إن أقام على ذلك بينة تقبل وإن كان تناقضا، لأنا نعلم أنه مضطر إلى هذا الإقرار)[4]، وذلك لكونه محتاجاً إلى القرض في حينه، وخوفه من الدائن أن لا يعطيه، فكان معذوراً في التناقض، وكان معفواً عنه كما عفي عنه في مواضع الخفاء كما في مسائل العتق والنسب والطلاق ونحوها مما تقدم ذكره[5]. هذا وتقدير مدى الاضطرار السابق أو الحاجة يعود إلى القاضي وهو يرجع فيه إلى عرف الناس أو عاداتهم وظروف الحادثة المطلوب منه الفصل فيها[6].

الشرط الثاني: أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة وقاطعة:

واشترط الفقهاء أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة وقاطعة، ليس فيها تردد، فقالوا: إنه لا تصح الدعوى بنحو: أشك أو أظن أن لي على فلان مبلغ كذا، أو أنه غصب مني دابتي[7].

---

(١) الفواكه البدرية: ص١٠٢، ١٠٣.

(٢) هو الشيخ العلامة زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، له عدة مصنفات منها (شرح الكنز) و(الأشباه والنظائر)، توفي سنة ٩٧٠هـ، التعليقات السنية: ص١٣٤.

(٣) هو القاضي علاء الدين المروزي صاحب أبي زيد الدبوسي، والدبوسي توفي سنة ٤٣٠هـ، وأخذ الاثنان علمهما عن أبي جعفر الاستروشني- انظر الفوائد البهية في صفحتي ١٠٩،١٤٤.

(٤) الرسائل الزينية في فقه الحنفية لابن نجيم: ق١٨١أ.

(٥) المرجع السابق.

(٦) طرق القضاء: أحمد ابراهيم: ص١٦١.

(٧) حاشية الدسوقي: جـ٤ص١٤٤، لب اللباب لابن راشد: ص٢٥٥، موجز في المرافعات الشرعية -أحمد ابراهيم: ص١٠، الأصول القضائية: ص١٥، الروضة البهية: جـ٣ص٨٠، ٨١، شرائع الإسلام: جـ٢ص٢١١، وعلى كل حال فإن الفقهاء لم يشترطوا لفظاً مخصوصاً في الدعوى: انظر: الأصول القضائية: ص١٥.

ومرجع هذا الاشتراط تصديق المدعي لما يدعيه، فإنه لا يجوز فتح الباب لقبول الدعاوي ممن لم يتأكدوا من وجود حقوق لهم، وإنمايشكون في ذلك، لأن في ذلك استعمالاً للقضاء فيما لا تتناسب فائدته مع تكاليفه.

والحق أن هذا الشرط لا يختص بالتعبير المكون للدعوى فحسب، وإنما يختص أيضاً بمدلول هذا التعبير، بل لعله هو المقصود به، ولكن التعبير يدل على تحققه أو عدم ذلك، فإنه لا يعلم مدى تصديق المدعي لما يدعيه إلا بما ينطق به من الكلمات، فاشترط فيها ما يدل على وجود تحقيق لدى المدعي، أو ظن قوي على الأقل، ويجدر بالذكر أن هذا الشرط ليس محل خلاف بين الفقهاء.

وفرع بعضهم على هذا الشرط: أن من وجد وثيقة في تركة مورثه، أو أخبره عدل بحق له فلا يفيده ذلك إلا الظن، إلا أن بعض الفقهاء اجازوا الدعوى في هذه الفرعية، لأن الظن هنا قوي، وقد نزلوا الظن الغالب منزلة التحقيق، وقد ذكروا مما يولد ظناً قوياً غالباً لدى المدعي خط والده[1].

هذا وقد استثني من هذا الشرط دعاوي الاتهام (الدعاوي الجنائية)، فإنها تجوز بالألفاظ المترددة، فإذا قال: أتهمه بسرقة دينار مثلاً، فإن دعواه تسمع، لأن دعوى الاتهام ترجع في أساسها للشك والظن[2].

الشرط الثالث: أن يذكر المدعي في دعواه أنه يطالب بالحق الذي يدعيه:

اختلف الفقهاء في أنه هل يشترط لصحة الدعوى أن يذكر المدعي فيها أنه يطالب المدعى عليه بالحق الذي يدعيه، أم أنه يكتفي منه أن يحضر إلى مجلس القضاء فيعرض قضيته، ويذكر حقه الذي يدعيه؟

إن معظم المذاهب فيها قولان بخصوص هذا الشرط، وفيما يلي تفصيل ذلك:

---

(١) تبصرة الحكام: جـ١ص١٢٩، تهذيب الفروق: جـ٤ص١١٧.

(٢) حاشية الدسوقي: جـ٤ص١٤٤، الروضة البهية: جـ٣ص٨٠، ٨١.

في المذهب الحنفي:

هنالك قولان في المذهب الحنفي بالنسبة لهذا الشرط: أحدهما ذكره أصحاب المتون والشروح، والثاني صححه أصحاب الفتاوي:

١- فذهب أصحاب المتون والشروح إلى أنه لا بد من المطالبة بالحق في الدعوى لتكون مقبولة، فينظر فيها القاضي، ويصدر حكمه[١]، وبناء على ذلك يجب على المدعي أن يقول في دعواه: (وأنا أطالبه به) أو(مره ليعطيني حقي)، أو ما يدل على ذلك كأن يقول (وأريد أخذه منه) أو(أريد تسليمه لي)[٢].

وقد علل أصحاب هذا الرأي ايجاب ذلك، بأن حق الإنسان يجب ايفاؤه بطلبه، والحكم حق المدعي، فيجوز أن يكون غير طالب له، إن لم يصرح بذلك، وإنما ذكر القضية على سبيل الحكاية، فإذا طلبه تبين للقاضي غرضه[٣]، وخصوصاً أن القضاة كانوا هم العلماء، وكانوا يصدرون الفتاوي زيادة على قيامهم بالقضاء بين الناس، كما كانوا يعلمون الناس أمور دينهم.

واستدلوا أيضاً بأن القاضي نصب لقطع الخصومات، لا لانشائها، فإذا طلب المدعي القضاء له بحقه، أجابه إلى طلبه، وإن سكت، سكت، فإن نظر في الدعوى من غير طلب للحق من قبل المدعي كان منشئاً للخصومة ومؤججاً لها، وهو ما لم يجعل القضاء لأجله[٤].

٢- ولكن أصحاب الفتاوي لم يروا لصحة الدعوى اشتراط ذكر المطالبة بالحق فيها، وجعلوا ذلك قولاً ضعيفاً في المذهب، وذكروا في تعليل ذلك أن المقدمات ودلالة الحال تشير إلى أن المدعي لا يقصد بدعواه إلا الحكم له بحقه وبتسليمه إليه[٥]، وكون المدعي يقول ذلك

---

(١) بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٢، العناية وتكملة فتح القدير: جـ٦ص١٤٤، أدب القاضي الناصحي: ق٦أ، مخطوط يتعلق بالقضاء والحكام- التمرتاشي الغزي: ق٧ب،فصل القضية: ص١٣.
(٢) الفواكه البدرية والمجاني الزهرية: ص١٠٦، ١٠٧ جميع المتفرقات: ق١١أ.
(٣) الهداية وتكملة فتح القدير: جـ٦ص١٤٧، بدائع الصنائع: جـ٦ص٢٢٢، مباحث المرافعات: ص٩.
(٤) موجز في المرافعات الشرعية-أحمد ابراهيم: ص١١.
(٥) أدب القاضي: الناصحي: ق٦أ.

حكاية واستفتاء بعيد جداً، لأن مجالس القضاء لم تنشأ لهذا الغرض[1].

هذا والقاعدة في الترجيح ما بين مذهب اصحاب المتون والشروح من جهة، ومذهب أهل الفتوى من جهة أخرى هو أن ما في المتون والشروح مقدم على ما في الفتاوي إذا صرحت تلك المتون والشروح بتصحيح قول ما. وأما إذا صرحت الفتاوى بتصحيح مقابل القول المذكور في المتون والشروح ولم تكن هذه قد صرحت بتصحيحه، كان ما في الفتاوي هو الراجح، وقول المتون والشروح مرجوحاً، والحال هنا أن أصحاب المتون والشروح التزموا بالقول الأول، ولكنهم لم يصرحوا بتصحيحه تصريحاً، بينما نجد أصحاب الفتاوي يصرحون بتصحيح القول الآخر، والقاعدة أن التصحيح الصريح مقدم على التصحيح الالتزامي، وأن كان الأول في الفتاوي، والثاني في المتون والشروح[2]. وبناء على ذلك يكون قول أصحاب الفتاوي في هذه المسألة هو الراجح في المذهب الحنفي.

في المذهب الشافعي[3]: وعند الشافعية قولان في هذه المسألة:

١- فقد ذهب بعضهم إلى اشتراط ذلك، فقالوا: إنه ينبغي في الدعوى ان يطالب صاحبها المدعى عليه بالتسليم إليه، وبعضهم جعل هذا الشرط ركناً في صحة الدعوى، حتى

---

(١) جمع المتفرقات: ق١١أ، موجز في المرافعات الشرعية-أحمد ابراهيم: ص١١.

(٢) جمع المتفرقات: ق١١أ، موجز في المرافعات الشرعية، أحمد ابراهيم: ص١١.

(٣) وأما بالنسبة للمذهب المالكي: فإني لم أجد فيما اطلعت عليه من كتبهم من يشترط هذا الشرط، فلعلهم لا يشترطونه، وإنما يكتفون بدلالة حال المدعي من قدومه إلى مجلس القضاء وانشائه دعوى صحيحة تلزم شيئاً على المطلوب، على كونه مطالباً بحقه، وهذا هو الراجح في المذاهب الأخرى، كما ذكر في المتن، ولو كان ذكر المطالبة شرطاً عند المالكية، لذكروه في مناسباته، وهي الابحاث المتعلقة بشروط الدعوى، وكيفية تصحيحها، وقد خصص ابن فرحون في التبصرة فصلاً تكلم فيه عن كيفية تصحيح الدعوى لم يرد فيه ذكر لهذا الشرط، ولو اشترطوه لكان هذا احسن مقام لذكره- انظر: تبصرة الحكام- فصل بيان الدعوى الصحيحة وشروطها وكيفية تصحيح الدعوى، وذلك في الجزء الأول ص١٠١-١٠٦ الطبعة الأولى سنة ١٣٠١هـ، وانظر أيضاً: مواهب الجليل، والتاج والإكليل في معرض الكلام عن شروط الدعوى في الجزء السادس ص١٢٤-١٢٧، وكذلك شرح الخرشي وحاشية العدوي في معرض كلامهما عن شروط الدعوى أيضاً في الجزء السابع ص١٥٤، ١٥٥، وبعد كتبي هذا وجدت ابن فرحون ينقل عن المازري قوله: (والأصل انه لا يجب على القاضي استلام ما عند المدعى عليه بدون اذن من المدعي، لكن العادة في مثل هذا تقوم مقام سؤال القاضي، وهذا هو الظاهر من مذاهب العلماء)، انظر: تبصرة الحكام: جـ١ص٣٨، طبع سنة ١٣٠١هـ.

قالوا: إذا قال المدعي في دعواه: يلزمه التسليم إلى، فإن ذلك لا يكفي، ولا بد من ذكر الطلب في الدعوى[1].

ولكن هؤلاء استثنوا من هذا الشرط دعوى الوديعة على المودع عنده فلم يشترطوا فيها ذكر الطلب، بل قالوا: ليس للمدعي ذلك، لأن المودع عنده ليس ملزماً بأكثر من تمكين صاحب الوديعة من حقه، وليس ملزماً بالتسليم، ولكن يشترط أن يقول المدعي في دعواه: وأنا أطلب أن يمكنني منها لأخذها[2].

هذا وقد ذكر الماوردي في تعليل هذا القول للشافعية أن المقصود هو التحاكم إلى القاضي، وإن هذا لو حكم على المدعى عليه بتسليم الحق إلى المدعي من غير طلبه، كان مجبراً لصاحب الحق على أخذ حقه، لأنه لم يطلب ذلك[3].

٢- وهنالك قول آخر في المذهب الشافعي مؤداه الاكتفاء بدلالة الحال على طلب الحق من المدعى عليه فقالوا: إن شاهد الحال يدل على أن المدعي ما قدم دعواه إلا للحصول على حقه، فاستغنى عن التصريح بما يفهم من الظروف والأحوال[4].

في المذهب الحنبلي:

والحنابلة عندهم قولان كغيرهم، ولكن الراجح هو عدم اشتراط ذكر المطالبة في الدعوى، والاكتفاء بدلالة الحال عليه[5].

هذه هي مذاهب الفقهاء في هذا الشرط، ونرى أن ظروف القضاء في عصرنا،

---

(١) أدب القضاء-ابن أبي الدم: ق٢٥أ.
(٢) أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٢٥أ، ٢٥ب.
(٣) الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٤أ.
(٤) المرجع السابق.
(٥) المغني لابن قدامة: جـ٩ص٨٦، الروض الندي شرح كافي المبتدي: ص٥١٢، شرح المنتهى: جـ٤ص٢٧٦، غاية المنتهى: جـ٣ص٤٩٩؛ كشاف القناع: جـ٤ص٢٠٣.

والتخصص الكامل للقضاة في عملهم لا يدع مبرراً مقبولاً للقول بضرورة ذكر المطالبة بالحق المدعى: فالقضاة في عصرنا ليس لهم عمل غير الفصل في الخصومات واصدار الأحكام، فلا يفتون، ولا يعلمون، كما أن مجالسهم ليست مجالس حكايات وقصص. كل ذلك يدعونا إلى ترجيح قول من يعتمدون على ظاهر الحال في الدلالة على طلب الحق، فإنه ما من والج لباب القضاء يعرض قضيته عليه إلا ولسان حاله يطلب الانتصاف له، والحصول على حقه، وتمكينه منه، أو دفع الاعتداء عنه.

الشرط الرابع: أن تكون الدعوى بلسان المدعي عيناً:

واشترط أبو حنيفة أن تكون الدعوى بلسان المدعي عيناً، سواء أكان يدعي لنفسه أو لمن هو نائب عنه، وذلك إذا لم يكن في المدعي عذر مقبول، وكان المدعى عليه رافضاً أن تكون الدعوى بلسان غير المدعي من وكيل أو غيره، فإن تخلف أحد هذين الشرطين صحت الدعوى بلسان غير المدعي[1].

وهذا الشرط اختص به الإمام أبو حنيفة، ولم يقل به غيره، فالصاحبان وفقهاء المذاهب الأخرى لا يشترطون ذلك في الدعوى، ويجوز عندهم التوكيل بالخصومة، شاء المدعى عليه أم أبى[2].

والذي يظهر أنه إن كان المقصود بهذا الشرط أن الدعوى لا تصح إلا إذا كانت بلسان من له صفة في الدعوى، فإن الشرط يكون مقبولاً، بل مجمعاً عليه عند الفقهاء ويكون القصد منه استبعاد مثل ما إذا أرسل صاحب الحق أو نائبه الاتفاقي أو الشرعي رسولاً إلى المحكمة، ليسرد على مسمع القاضي دعوى المرسل معلناً أنه رسول فقط، فإن الدعوى لا تصح بلسانه.

وأما إذا كان المقصود بالشرط -وهو الظاهر من كتب الحنفية- عدم جواز التوكيل

(١) بدائع الصنائع: ج٦ص٢٢٢، مباحث المرافعات: ص٧٧.
(٢) بدائع الصنائع: ج٦ص٢٢٢، تبصرة الحكام: ج١ص١١١، طبع سنة ١٣٠١هـ، فتح المعين وترشيح المستفيدين: ص٢٤٥، منتهى الارادات: القسم الأول ص٤٤٤، المحلى لابن حزم: ج٩ص٣٦٦.

بالخصومة، فهذا هو الذي انفرد به أبو حنيفة، وخالفه فيه الصاحبان وغيرهم من الفقهاء.

الشرط الخامس: أن يذكر المدعي في دعوى العين أن المدعى به في يد الخصم:

واشترطوا في دعوى الأعيان أن يقول المدعي فيها: (انه-أي المدعى به- في يد المدعى عليه)[1]، وذلك سواء أكان المدعى به عقاراً أم منقولاً.

والواقع أن هذا الشرط متفرع عن شرط الصفة الذي تقدم ذكره في المبحث الأول من هذا الفصل، والقصد منه التعريف بأن المدعي يدعي في وجه شخص له شأن بالقضية، فإن الخصم في دعاوي العين هو واضع اليد على الشيء المدعى به، فلزم ذكر ذلك حتى يعرف القاضي أنه يوجه دعواه إلى خصم.

غير أنه ينبغي أن يلاحظ أمران بخصوص هذا الشرط:

الأمر الأول: أن الفقهاء اشترطوا أن توجه الدعوى لمن العين في يده إذا كان المدعي يدعي ملكاً مطلقاً، فإن كان يدعي فعلاً من غصب ونحوه، صح أن توجه إلى الفاعل أو إلى ذي اليد كما تقدم . وبناء علىهذا ينبغي أن يقتصر في هذا الشرط على دعوى الملك المطلق، اللهم إلا إذا طلب المدعي اعادة العين بذاتها من المدعى عليه، ولم يطلب قيمتها، فيجب توجيهها إلى ذي اليد في هذه الحالة، وإن كان يدعي فعلاً عليه، ويجب أن يذكر في دعواه أنها في يده.

الأمر الثاني: أن يد المدعى عليه الفعلية قد لا تكون على العين المدعاة، كما لو كان أجرها أو أعارها، فتكون في يد المستأجر أو المستعير، ولكن قد يقال: أنها في يده حكماً، ويد غيره نائبة عن يده في حيازتها، وعندئذٍ ينبغي أن يتوسع في معنى اليد المذكورة في

---

(١) العناية على الهداية: جـ٦ص١٤٤، جمع المتفرقات في الدعاوى والبينات: ق١ب، مباحثات المرافعات: ص٩، الأصول القضائية: ص١٥، ١٦، مواهب الجليل: جـ٦ص١٢٥، الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٣ب.

الشرط لتشمل اليد الفعلية والحكمية.

هذا ويستثنى من الشرط المذكور دعوى منع التعرض، لأن الخصم يتعرض للمدعي وتكون العين في يد هذا الأخير[1].

الشرط السادس: أن يصرح المدعي في الدعوى بأن خصمه يضع يده على المدعى به بغير حق:

ويذكر كثير من الفقهاء أنه يشترط في دعوى المنقول أن يقول المدعي (انه-أي المنقول- في يد الخصم بغير حق)[2]. ولعل ما اشترطه الشافعية في دعوى الدين من وجوب أن يقول المدعي فيها (منعني حقي) أو (أخره عني)، أو (أنكرني)[3] هو مما يقابل ذلك الشرط في دعوى المنقول، وذلك لأن المدعي ان لم يقل: ان المدعى به في يد الخصم بغير حق، أو أن المدين يمنعه من حقه احتمل ان يكون المدعى عليه واضعاً يده على المنقول بحق، كأن يكون ذلك باذن الشار، أو باذن المالك نفسه، كما يحتمل أن يكون المدين مانعاً الدين عن صاحبه بحق أيضاً، كما لو كان على المدعي دين، فأراد أن يقاصص به.

هذا وقد علل قاضي زاده وجوب زيادة هذا القيد، وهو قول المدعي «بغير حق» في المنقول دون العقار، بأنه يشترط في الدعوى أن يصرح المدعي بالمطالبة بالمدعى به، وهذا شامل لدعوى العقار والمنقول والدين، لأنه يحتمل أن يكون المدعى به مرهوناً في يد الخصم أو محبوساً بالثمن، وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال، ولكن هذا الشرط محله بعد أن يصبح المدعى به معلوماً، وبما أن المنقول لا يعلم إلا بإحضاره إلى مجلس الحكم والإشارة إليه، فيكون شرط المطالبة في دعوى المنقول لازماً بعد احضاره ولا يجب قبل ذلك، وعندئذ فقبل

---

(١) مغني المحتاج: جـ٤ص٤٦٥ طبع الحلبي سنة١٣٧٧هـ، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٩٦.

(٢) تكملة فتح القدير: جـ٦ص١٤٩، جمع المتفرقات: ق١ب، الأصول القضائية: ص١٦. المرافعات الشرعية- السبكي: ص٣٦، ٣٧، الحاوي الكبير: جـ١٣ق٤٣ب.

(٣) عماد الرضا ببيان أدب القضا: ق٢أ.

احضار المنقول إلى مجلس الحكم يظل احتمال كونه في يد الخصم بحق قائماً، فيطلب من المدعي أن يصرح بأنه في يده بغير حق لازالة هذا الاحتمال[1]. وهذا الذي ذكره قاضي زاده يدل على أن المقصود بهذا الشرط هو عين المقصود بشرط المطالبة الذي مضى تفصيل القول فيه قبل قليل، وقد تقدم هناك أنه ليس محل اتفاق عند الفقهاء، وفيه خلاف عند الحنفية انفسهم بين أصحاب المتون والشروح من جهة، وأهل الفتاوى من جهة أخرى، وأن الراجح عدم اشتراطه، فيمكن أن يقال هنا مثل ما قيل هناك من أن القرائن تدل على أن المدعي يطالب بحقه، لأنه يعتبر خصمه ظالماً له، فإن مجرد قدومه إلى القاضي وادعائه لديه يدل على ذلك، وبناء عليه لا يكون ضرورة لاشتراط المطالبة، ولا ذكر هذا القيد، فإن كان الخصم مرتهناً أو حابساً للمبيع بالثمن صرح بذلك عند جوابه، وبرهن عليه، بل له الحق في ذلك حتى ولو قال المدعي (هو في يده بغير حق).

وعلى أية حال فإن المدعى به يكون في يد الخصم بحق إذا كان واضعاً يده عليه بإذن الشارع[2]، أو بإذن المالك المدعي نفسه، كأن يكون مستعيراً ونحوه، أو باتفاقهما كأن يكون مرتهناً أو مستأجراً، فلو كان الحائز يضع يده على العين بواحدة من هذه الأسباب المشروعة لما جاز للمدعي رفع الدعوى عليه، لأن المشروط في الدعوى مطالبته بحقه، وهنا لا يستطيع، لأن الخصم ليس ملزماً برفع يده، وتسليم العين للمدعي.

الشرط السابع: أن تتضمن الدعوى طلب المدعى به:

وذكر بعض علماء الحنفية أن القول المكون للدعوى ينبغي أن يتضمن طلب احضار الشيء المدعى به، ففي جامع الفصولين نقلاً عن بعض الحنفية ما نصه: (لابد أن يقول: فواجب عليه احضاره مجلس الحكم لأقيم البينة عليه إن كان جاحداً) ثم قال: (ولا بد من ذكر هذه اللفظة- أي قوله: إن كان جاحداً- لأن ذا اليد لو كان مقراً لا يلزم الاحضار لأنه

---

(١) تكملة فتح القدير: جـ٦ص١٤٨، ١٤٩.

(٢) وذلك كأن يحبس البائع المبيع عن المشتري إلى أن يوفي بالتزامه بدفع الثمن.

يأخذ من المقر، والأمر بالاحضار انما يصح لو كان منكراً[1].

ويستثنى من هذا الشرط دعوى الوديعة، فإنه لا يشترط فيها طلب الاحضار، بل لا يجوز للمدعي ذلك، لأن الواجب على المدعى عليه فيها التمكين والتخلية، ولا يجب عليه نقل الوديعة[2].

والأظهر أن هذا ليس شرطاً في صحة الدعوى، بدليل أنه لا يطلب إذا كان المدعى عليه منكراً، وهذا لا يعرف إلا بعد طلب الجواب من الخصم وهو لا يجب إلا على دعوى صحيحة، والفاسدة لا يترتب عليها وجوب الجواب، ولأن وجوب احضار المدعى به- إن كان قابلاً لذلك- يعتبر أثراً من آثار الدعوى الصحيحة، أي التي اكتملت الشروط الأخرى فيها، فيطلبه القاضي من المدعى عليه، وإن لم يطلبه المدعي.

الشرط الثامن: أن يطلب المدعي من القاضي تكليف المدعى عليه بالجواب:

واشترط بعض علماء الحنفية أيضاً في صحة الدعوى ووجوب الجواب على الخصم أن يطلب المدعي من القاضي تكليف خصمه بالجواب عن دعواه، واستثنى بعضهم من هذا الشرط حالة ما إذا تبين القاضي ان المدعي جاهل، ولا يعرف هذه الأصول[3].

وقد ذكر بعضهم أن هذا الاشتراط من قبيل القياس، وأن الاستحسان يقتضي عدمه. فأما وجه القياس أن القاضي مأمور بعدم تهييج الخصومة بأي شكل من الأشكال، فإذا طلب الجواب من الخصم من غير ان يسأله المدعي طلبه كان في ذلك نوع تهييج للخصومة، فيكون ممنوعاً، وأما وجه الاستحسان فهو أن المدعي قد يمنعه هيبة مجلس القضاء من طلب الجواب فيضيع حقه[4].

---

(١) جامع الفصولين: جـ١ص٧٠.
(٢) جامع الفصولين: جـ١ص٧٠، البحر الرائق: جـ٧ص١٩٦.
(٣) موجز في المرافعات الشرعية أحمد ابراهيم: ص١٢.
(٤) المرجع السابق وقد ذكر مما يوافق القياس من فعل القضاة أن عيسى بن ابان لما ولي قضاء البصرة، وهو ممن عاصروا الشافعي رحمه الله، قصده اخوان، كانا يتوكلان في باب القضاء، فادعى احدهما على الآخر شيئاً، فقال القاضي للآخر: اجبه، فقال المدعى عليه: ومن أذن لك أن تستدعي مني الجواب فقال المدعي: لم آذن لك في ذلك، فوجم القاضي، فقالا له: انا أردنا أن نعلمك مكاننا من العلم) انظر تبصرة الحكام: جـ١ص٣٨ طبع سنة١٣٠١، موجز في المرافعات الشرعية: ص١٢.

هذا و لم يقل بهذا الشرط سوى الحنفية في القول المبني على القياس، وأما غيرهم فلم يشترطوه، بل صرح كثير منهم بعدم لزوم اشتراطه، فنقل ابن فرحون عن المازري قوله: (وهذه مناقشة ليس تحتها كبير فائدة، لأن المفهوم من جهة العوائد وشواهد الحال أن إحضار الخصم، والدعوى عليه تغنيه عن النطق بسؤال القاضي، والأصل أنه لا يجب على القاضي استلام ما عند المدعى عليه بدون اذن من المدعي، لكن العادة في مثل هذا تقوم مقام سؤال القاضي، وهذا هو الظاهر من مذاهب العلماء)[1] وهذا الذي قاله المازري من المالكية يقوي وجه الاستحسان الذي ذكره بعض علماء الحنفية فيما تقدم.

والواقع أن اشتراط طلب المدعي للجواب من اجل صحة الدعوى هو من قبيل تكليف المدعي بطلب أثر تصرفه الصحيح، ولعله لا يصح، وبيان ذلك أن جواب الدعوى حكم لها وأثرها الشرعي يترتب عليها من غير طلبه من قبل المدعي، وإنما يطلبه القاضي من المدعى عليه تنفيذاً لحكم الدعوى الصحيحة، ونظير اشتراطه أن يطلب لصحة عقد البيع أن يشترط كل من العاقدين على الآخر نقل ملكية البدل الذي اتفق عليه في العقد، فيشترط البائع وجوب نقل ملكية الثمن إليه، ويشترط المشتري على البائع نقل ملكية المبيع، فلو حدث ذلك في العقد لما كان باطلاً، غير أن صحة العقد لا تتوقف عليه ومثل هذا ينبغي أن يكون في الدعوى كتصرف من التصرفات الشرعية، فلو طلب المدعي الجواب صحت وصح هذا الطلب، ولو غفل عن ذلك طلبه القاضي من المدعى عليه، و لم تكن الدعوى باطلة.

وأما قولهم: إن في مبادرة القاضي بسؤال المدعى عليه عن جواب الدعوى تهييجاً للخصومة، فالحق أن الخصومة قد قامت بدعوى المدعي واحضار الخصم، وإذا كان في نية المدعي أن يقطع الخصومة ويرجع عن دعواه كان له ذلك، فهو غير مجبر عليها، بخلاف المدعى عليه.

---

(١) تبصرة الحكام: ج١ص٣٨، طبع سنة ١٣٠١هـ، وقد ذكر ابن قدامة الحنبلي كلاماً قريباً مما قاله المازري، فقال: (إذا حرر المدعي دعواه فللحاكم أن يسأل خصمه الجواب قبل أن يطلب المدعي ذلك منه، لأن شاهد الحال يدل عليه، لأن إحضاره والدعوى إنما يراد ليسأل الحاكم المدعى عليه، فقد أغنى ذلك عن سؤاله) انظر: المغني: ج٩ص٨٦.

الشرط التاسع: أن تكون الدعوى في مجلس القضاء:

يذكر الفقهاء من شروط صحة الدعوى ان تكون في مجلس من عنده الخلاص[1]، وهو القاضي.

والمراد بمجلس القاضي عندهم محل جلوسه حيث اتفق، في بيت أو دكان، إذ لا تسمع الدعوى ولا الشهادة إلا بين يدي القاضي أو نائبه[2]، فلو قالها المدعي في غير مجلس القاضي كانت مجرد دعوى لغوية لا يترتب عليها وجوب الجواب على المدعى عليه[3]. غير أنه إن خصص القضاء بمكان معين، اشترط في صحة الدعوى أن تكون في هذا المكان كما هو الحال في عصرنا، حيث جعلت مجالس القضاء في اماكن خاصة هي المحاكم، فلا يجوز سماع الدعاوى في غيرها[4].

هذا وقد ألحق الفقهاء بمجلس القاضي مجلس الحكم[5]، حيث يعطى سلطة القضاء بإرادة الطرفين.

وقد ناقش بعض الفقهاء في هذا الشرط معتبراً إياه داخلاً في ماهية الدعوى، حيث ان شرط الشيء يكون خارجاً عن ماهية ذلك الشيء، وحضور مجلس القاضي مأخوذ في مفهوم الدعوى[6]، كما هو واضح من تعريف كثير من الفقهاء -وخصوصاً الحنفية- لها.

ويجدر بنا أخيراً أن نشير إلى أن هذا الشرط لا محل له عند أهل القانون بالنسبة للدعوى كحق الإنسان في حماية حقوقه، ولكنه شرط عندهم في المطالبة القضائية[7]، التي يفرقون بينها وبين الدعوى نفسها، فإن هذه الأخيرة حق الشخص في اللجوء إلى القضاء، للمطالبة بحقه، فالمكان عندهم شرط صحة استعمال الدعوى، لا شرط الدعوى نفسها.

---

(١) بدائع الصنائع:جـ٦ص٢٢٢، وظائف القضاة، ص١٢، فصل القضية: ص١٢، أصول استماع الدعوى: ص٥٠، تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٦.

(٢) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٧.

(٣) تبيين الحقائق: جـ٧ص٢٩٠، ٢٩١.

(٤) مباحث المرافعات: ص٧، المرافعات الشرعية - السبكي: ص٣٥.

(٥) تحفة المحتاج: جـ١٠ص٢٨٦، موجز في المرافعات الشرعية- أحمد ابراهيم: ص١٠.

(٦) قرة عيون الأخيار: جـ١ص٣٧٧.

(٧) أصول المرافعات - أحمد مسلم: ص٣٧٧.

الباب الثاني

الآثار المترتبة على رفع الدعوى

لقد علم مما تقدم في التمهيد أن الدعوى عند الفقهاء تصرف شرعي، كما تقدم في الباب الأول عناصر هذا التصرف وشروطه. فإذا قامت الدعوى بجميع عناصرها، واستوفت شروطها، ترتب عليها آثار شرعية هي: وجوب نظرها على القاضي، ووجوب حضور الخصم، ووجوب الجواب عليها. وبناءً عليه نجعل الكلام في هذا الباب منحصراً في ثلاثة فصول:

الفصل الأول:

في نظر الدعوى.

الفصل الثاني:

في حضور الخصوم وغيابهم.

الفصل الثالث:

في جواب الدعوى.



الفصل الأول

نظر الدعوى

إن الدعوى إذا رفعت إلى القاضي في مجلسه كان مكلفاً بالنظر فيها إلى أن تنتهي بالحكم أو بغيره من صلح ونحوه. وفي خلال نظره فيها ينبغي عليه مراعاة مبادئ وأُصول أشار إليها الفقهاء، فألزموه ببعضها، واستحبوا له البعض الآخر، وكيفية للأفعال والإجراءات التي يتبعها مع الخصوم، بحيث لا يقدم ما يجب تأخيره، ولا يؤخر ما ينبغي تقديمه. وإنما افتتحنا الباب الثاني بهذا الفصل لأن ما فيه من المبادئ والكيفيات ينبغي مراعاتها في جميع مراحل النظر في الدعوى، ومن أول الأمر بإحضار الخصم إلى أن تنتهي بالحكم. وقد اشتمل هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول:

في أُصول المحاكمة.

المبحث الثاني:

في كيفية سير القاضي مع الخصوم.

المبحث الأول
في
أصول المحاكمة

إن أهم المبادئ التي ينبغي على القاضي مراعاتها أثناء النظر في الدعوى خمسة، صرح الفقهاء ببعضها، وأشاروا إلى الأخرى بما ذكروه من المسائل، وأوجبوا بعضها على القاضي واستحبوا له البعض الآخر، وهذه المبادئ الخمسة هي:

وفيما يلي تفصيل هذه المبادئ في خمسة مطالب:

المطلب الأول: المساواة بين الخصوم.

المطلب الثاني: علنية المحاكمة.

المطلب الثالث: مواجهة الخصوم بعضهم ببعض.

المطلب الرابع: حرية الخصوم في الدفاع.

المطلب الخامس: اعتدال حال القاضي أثناء نظر الدعوى.

المطلب الأول
في المساواة بين الخصوم

إن عملية التقاضي في الفقه الإسلامي يحكمها في جميع مراحلها، من بدايتها إلى إصدار الحكم وتنفيذه، مبدأ عام هو وجوب تحقيق العدل بين كل من يتعاملون مع الحاكم من أجل فض منازعاتهم، وإنهاء خصوماتهم. ويعود إلى هذا الأصل معظم ما ذكره الفقهاء من مبادئ وفروع.

فقد ساوى المشرع- قبل كل شيء- بين الناس في سماع خصوماتهم، ولم يحرم أحداً من الحق في طلب حقه بواسطة القاضي، فأوجب سماع الدعوى من أي مدع على أي إنسان، سواء كان المدعى عليه جليلاً أو حقيراً، فللسوقة العامي أن يدعي على السلطان القاهر[1].

وقال الفقهاء: إن مجلس القضاء الذي ينظر فيه خصومات الناس ينبغي أن يكون في مكان يحقق المساواة بقدر الإمكان بين جميع الناس، من حيث قربه منهم، ومن حيث ما يبذلونه من جهد للوصول إليه، فاستحبوا أن يكون في وسط البلد، وفي مكان معروف لدى الناس، بحيث يصل إليه كل إنسان، ضعيفاً كان أو قوياً، ذكراً أو أنثى، متوطناً أو غريباً[2].

فإذا وجد الناس على باب مجلس القاضي وجب العدل بينهم في الترتيب الذي يتبعه القاضي في النظر بينهم، فجعلوا الأولوية في ذلك للسابق منهم، لأنه صاحب الحق بسبقه، فهو كما لو سبق إلى موضع مباح[3]. إلا أنهم قالوا بتقديم المسافر المتهيئ للسفر، الذي

---

(١) انظر: أدب القضاء-ابن أبي الدم: ق ١٥أ، منتهى الإرادات: القسم الثاني: ص ٥٧٩.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٨٤، تبصرة الحكام: جـ١ ص ٢٧ طبع سنة ١٣٠١هـ، أسهل المدارك: جـ٣ص ١٩٩. المنهاج ونهاية المحتاج: جـ٨ ص ٩١. الفروع: جـ٣ ص ٧٩٣.

(٣) المبسوط: جـ ١٦ ص ٨٠، شرح الخرشي وحاشية العدوي:جـ ٣ ص ١٥٣. فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ ص ٢١٧، مغني المحتاج:جـ ٤ ص ٤١٢. المغني لابن قدامة:جـ ٩ ص ٨٣. وقد روى البيهقي أن رسول الله ﷺ قال: (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له) - السنن الكبرى:جـ ١٠ ص ١٣٩، ومن جاء أولاً إلى باب مجلس القاضي فقد سبق، فيقدم على من لم يسبق، وذكر السرخسي في هذا المقام قول رسول الله ﷺ: (سبقك بها عكاشة)، فاعتبر عليه الصلاة والسلام السبق في الترجيح، ثم قال السرخسي: (وينبغي للقاضي =

يصيبه الضرر من انتظار دوره[1]، ولكن إذا كان المسافرون كثيراً، بحيث يتضرر المقيمون من تقديمهم، فلا يقدمون، ووجب تقديم السابق عليهم، لأن الضرر لا يزال بالضرر المماثل له أو الأشدّ منه[2]. وتقدم المرأة إذا كانت تتعرض للضرر من غيابها عن بيت زوجها[3]، وكذلك المريض الذي يتضرر من المكوث، إذا كان مدعى عليه فإن كان مدعياً، فلا يقدم، لأنه غير مجبر على الانتظار[4]. وإذا تساوى المتخاصمون في القدوم أُقرع بينهم، فمن خرجت له القرعة قُدم، إذ لا سبيل إلى غير ذلك[5].

فإذا دخل الخصمان إلى مجلس القاضي للنظر في خصومتهما، **وجب عليه العدل بينهم في جميع أنواع المعاملة، وذلك لما يلي:**

١ - فقد روت أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: (من ابتلي بالقضاء بين

أن يضع على ذلك أميناً من قبله، يقدمهم إليه، لأنه لا يتمكن من معرفة ذلك بنفسه، لكثرة اشتغاله، وفيما يعجز القاضي عن مباشرته يستعين بأمين من أُمنائه، وينبغي أن يتكر ذلك الأمين إلى باب مجلس القاضي ليعلم منازل الناس في الحضور، فلعلهم يكذبون في ذلك أو يلبسون عليه، وإنما يجعل على ذلك أميناً لا يطمع ولا يرتشي، فإن ذلك من عمل القضاة، فكما لا يطمع هو فيما يقضي فكذلك ينبغي أن يكون أمينه) -انظر: المبسوط: جـ١٦ ص٨٠،٨١. والحديث الذي ذكره السرخسي متفق عليه عن ابن عباس- انظر رياض الصالحين مع شرح ابن علان الملكي: جـ١ ص ٢٦٢،٢٦٣.

(١) المبسوط: جـ١٦ ص ٨٠. شرح الخرشي وحاشية العدوي: جـ٧ ص١٥٣. أدب القضاء- ابن أبي الدم:ق١٥أ، فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ ص ٢١٧، مغني المحتاج:جـ٤ ص ٤١٢، المغني لابن قدامة:جـ٩ ص ٨٤.

(٢) المبسوط: جـ١٦ ص ٨٠. شرح الخرشي وحاشية العدوي: جـ٧ ص١٥٣. أدب القضاء- ابن أبي الدم:ق١٥أ، المغني لابن قدامة:جـ٩ ص ٨٤.

(٣) وهذا إذا إضطرت المرأة للحضور مع الرجال، كأن تكون الخصومة بينها وبين رجل، وإلا فيجب الفصل بين الرجال والنساء في المكان أو الزمان. وفي هذا يقول السرخسي (ينبغي للقاضي أن يقدم النساء على حدة، والرجال على حدة، لأن الناس يزدحمون في مجلسه، وفي اختلاط النساء مع الرجال عند الزحمة من الفتنة والقبح ما لا يخفى، ولكن هذا في خصومة تكون بين النساء فأما الخصومة التي تكون بين الرجال والنساء لا يجد بداً من أن يقدمهنّ مع الرجال) - انظر المبسوط: جـ١٦ ص ٨٠، وذكر مثله الكاساني في بدائع الصنائع: جـ ٧ ص ١٣، والخرشي في شرحه على المختصر الخليلي: جـ٧ ص١٥٣.

(٤) مغني المحتاج:جـ٤ ص ٤١٢.

(٥) فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ ص ٢١٧، مغني المحتاج: جـ٤ ص ٤١٢. منتهى الإرادات- القسم الثاني ص ٥٨٠.

المسلمين فليعدل بينهم في لفظه وإشارته ومقعده)[1]، وروي عنها أيضاً أن رسول اللّه ﷺ قال: (من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فلا يرفعن صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر)[2]، ففيهما أمر صريح بوجوب التسوية بين الخصوم في كل ما يمكن العدل فيه.

٢- وورد في كتاب عمر بن الخطاب ﷺ إلى أبي موسى الأشعري ﷺ قوله: (آس الناس في مجلسك، وفي وجهك، وقضائك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك)[3].

وورد عن الشعبي أنه قال: (كان بين عمر ﷺ، وأُبي بن كعب ﷺ حائط يدعيانه جميعاً، فتقاضا إلى زيد بن ثابت ﷺ، فأتياه فضربا الباب، فسمع زيد صوت عمر ﷺ، فاستقبل فقال: ألا أرسلت إلي يا أمير المؤمنين، فقال: في بيته يؤتى الحكم، فوسع له زيد عن صدر فراشه، فقال: ههنا يا أمير المؤمنين، فقال له عمر: جرت في أول القضاء، ولكن أجلس مع خصمي فجلسا، فادعى أبي، وأنكر عمر، فقال زيد لأبي: اعف أمير المؤمنين من اليمين، وما كنت لأسألها لأحد غيره، فحلف عمر، ثم أقسم لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون عمر

---

(١) سنن الدارقطني: جـ٤ ص ٢٠٥، السنن الكبرى: جـ ١٠ ص١٣٥، ورواه إسحق بن راهويه في مسنده، والطبراني في الكبير وأبو يعلى - انظر: مجمع الزوائد: جـ٤ ص ١٩٧، نصب الراية: جـ٤ ص ٧٤، نيل الأوطار: جـ٨ ص ٢٨٥، التعليق المغني على الدارقطني: جـ٤ ص٢٠٥.

(٢) السنن الكبرى: جـ ١٠ ص١٣٥، ورواه الطبراني في الكبير - انظر: كنز العمال: جـ٣ ص ٢٠٨.

(٣) سنن الدارقطني: جـ٤ ص٢٠٦، ٢٠٧، السنن الكبرى: جـ١٠ ص١٥٠، سبل السلام: جـ٤ ص ١٦٢، وقد قال ابن قيم الجوزية في شرح كلام عمر المذكور في المتن: (إذا عدل الحاكم في هذا بين الخصمين فهو عنوان عدله في الحكومة، فمتى خص أحد الخصمين بالدخول عليه أو القيام له أو بصدر المجلس والإقبال عليه والبشاشة له والنظر إليه كان عنوان حيفه وظلمه، وقد رأيت في بعض التواريخ القديمة أن أحد قضاة العدل في بني إسرائيل أوصاهم إذا دفنوه أن ينبشوا قبره بعد مدة، فينظروا هل تغير منه شيء أم لا. وقال إني لم أجر قط في حكم، ولم أحاب فيه، غير أنه دخل علي خصمان كان أحدهما صديقاً لي فجعلت أصغي إليه بأذني أكثر من إصغائي إلى الآخر، ففعلوا ما أوصاهم به، فرأوا أذنه قد أكلها التراب، ولم يتغير جسده، وفي تخصيص أحد الخصمين بمجلس أو إقبال أو إكرام مفسدتان: إحداهما: طمعه في أن تكون الحكومة له فيقوى قلبه وجنانه والثانية: أن الآخر ييأس من عدله ويضعف قلبه، وتنكسر حجته) - اعلام الموقعين: جـ١ ص ٨٩.

ورجل من عرض المسلمين عنده سواء)[1].

٤- ثم إن القاضي إذا ميز أحد الخصمين عن الآخر، حصر وانكسر قلبه، وربما لم تقم حجته، فيؤدي ذلك إلى ظلمه وضاع حقه[2].

فهذه نصوص وأخبار خاصة كلُّها توجب العدل والمساواة بين الخصوم في معاملتهم. أضف إلى ذلك الآيات الكريمة التي تحث على العدل، وتهدد الظالمين بأشدّ العقاب[3]، بل أنه ذكر عن ابن عباس ﷺ في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاء لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيّاً أَوْ فَقَيراً فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلاَ تَتَّبِعُواْ الْهَوَى أَن تَعْدِلُواْ وَإِن تَلْوُواْ أَوْ تُعْرِضُواْ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيراً﴾ [النساء:١٣٥] أنه قال في معنى اللي والإعراض المذكورة في الآية الكريمة: (هما الرجلان يجلسان بين يدي القاضي، فيكون ليّ القاضي وإعراضه لأحدهما على الآخر)[4]، وهذا منهي عنه شرعاً لأن فيه إعانة أحد الخصمين، ومكسرة الآخر، والقاضي مأمور بالتسوية بينهما[5].

وبناءً على ما تقدم قال الفقهاء: إن على القاضي العدل بين الخصمين في الدخول عليه، فلا يدخل أحدهما قبل الآخر، فإذا كان موجوداً قبلهما وسلما عليه، رد عليهما السلام، وله أن يسلم عليهما إذا كان هو القادم، ولكنه لا يزيد شيئاً على السلام[6].

---

(١) المبسوط: جـ١٦ ص ٧٣، شرح أدب القاضي للحسام الشهيد:ق٣٨ب. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص ٨١، وورد الخبر في السنن الكبرى: جـ١٠ ص١٣٦. وهو يدل على أن الخصومات كانت تقع بين كبار الصحابة رضوان الله عليهم، ولا يظن بهم إلا الجميل. فيحمل على أن الأمر قد يشتبه عليهم، فيختصمون كي يظهر الحقّ، ولا يظن بهم إلا هكذا - انظر: المبسوط: جـ١٦ ص٧٣، شرح أدب القاضي للحسام الشهيد:ق٣٨ب.

(٢) النهاية لولي الدين البصير: جـ٣ ص١٢٩. إعلام الموقعين: جـ١ ص٨٩، المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٠.

(٣) شرح أدب القاضي للحسام الشهيد: ق٣٩أ.

(٤) تفسير الطبري: جـ٩ ص٣٠٧.

(٥) المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٠.

(٦) وذهب السرخسي إلى أن الأفضل أن لا يسلم الخصمان على القاضي وإن كان السلام سنّة، حفظاً لحشمة مجلس القضاء وهيبته - انظر: المبسوط: جـ١٦ ص٧٨، بدائع الصنائع: جـ٧ ص١٠ طبع سنة ١٣٢٨هـ.

وينبغي على القاضي أن يسوي بين الخصمين في الجلوس أيضاً، فلا يكون أحدهما أقرب إليه من الآخر، ولا أرفع مجلساً منه[1]، وأحسن الأوضاع في جلوس الخصمين أن يكون بين يدي القاضي لِما ورد من حديث عبداللّه بن الزبير[2] أن رسول اللّه ﷺ قضى أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم[3]، ثم إنه يتحقق بذلك الخضوع التام لحكم الشارع، والشعور بالصغار أمامه، كما يحقق المساواة بينهما أيضاً[4].

فإذا جلسا بين يديه لم يبادر أحدهما بالسؤال دون الآخر عن أي شيء من أحواله، ولا أهله، ولا أحوالهم، لأن سؤال أحدهما دون الآخر يشعر بعناية القاضي به، وإقباله عليه دون خصمه[5]، وإنما يسأل عن المدعي منهما بصيغة موجهة إلى الاثنين معاً، كأن يقول: (ما لكما وما حاجتكما) أو (من المدعي منكما)[6]. ولكن للقاضي أن يهدئ من روع الخائف. وأن

---

(١) المبسوط: جـ١٦ ص٧٦، بدائع الصنائع: جـ٧ ص٥٩، شرح الخرشي: جـ٧ ص١٥٣، أدب القضاء-ابن أبي الدم: ق١٤ب، فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ ص٢١٦، نيل الأوطار: جـ٨ ص٢٨٥. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٠. وقد روي عن القاضي شريح أنه كان جالساً وفي جانبه السري بن وقاص، فجاءه رجل وقال: اعدني على هذا الجالس عندك، فقال شريح للسري: قم فاجلس مع خصمك، قال: إني أسمعك من مكاني، قال: لا، قم فاجلس مع خصمك، فأبى أن يسمع منه حتى أجلسه مع خصمه، وروي أنه قال له: إن مجلسك يريبه، وإني لا أدع النصرة وأنا عليها قادر- انظر: السنن الكبرى: جـ١٠ ص١٣٦، والمغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨١.

(٢) هو عبداللّه بن الزبير بن العوام الأسدي أبو خبيب المكي ثم المدني، أول مولود في الإسلام، وفارس قريش، شهد اليرموك، وبويع بعد موت يزيد، وكان فصيحاً شريفاً شجاعاً لسناً، قتل بمكة سنة ٧٣هـ ومولده بعد الهجرة بعشرين شهراً- خلاصة التذهيب: ص١٦٧.

(٣) انظر: سنن أبي داود: جـ٣ ص٤١١، ومسند الإمام أحمد: جـ١٥ ص٢١٤، والسنن الكبرى: جـ١٠ ص١٣٥، وقد صححه الحاكم وأقره الذهبي- سبل السلام: جـ٤ ص١٧٠، بلوغ الأماني: جـ١٥ ص٢١٤.

(٤) بدائع الصنائع: جـ٧ ص٩، فتح القدير: جـ٥ ص٤٦٩. تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٦، منح الجليل: جـ٤ ص١٦٦. فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ ص٢١٧. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨١. منتهى الإرادات: القسم الثاني ص٥٨٠.

(٥) فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ ص٢١٧، قلائد الدرر في بيان آيات الأحكام بالأثر- الشيخ أحمد الجزائري: جـ٣ ص٤٢٥.

(٦) تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٦. حاشية الباجوري وشرح الغزي: جـ٢ ص٢٨٨. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٤. جواهر الكلام: جـ٦ ص٣٣٦: وقال السرخسي: (وبعض القضاة يختار السكوت ليكون الخصم هو الذي يبتدىء بالكلام. لأن القاضي إذا ابتدأهما كان ذلك منه تهييجاً للخصومة، وإنما =

يسكن جأش المضطرب، أو المحصور عن الكلام، حتى يذهب ذلك عنهما[1].

ولا يجوز للقاضي أن يساررهما أو يسارر أحدهما، لأن ذلك يجر إليه تهمة الميل إلى أحد الخصمين، ولأن ذلك يطمعهما فيه، وما جر إلى التهاون في حدود الله ممنوع[2].

والقاضي مأمور بالمساواة بين الخصمين في خطابه لهما أيضاً. فلا يرفع صوته على أحدهما دون الآخر، ولا يكلم أحدهما أكثر من الآخر بما يدل على عنايته به. وإذا تكلما سوى بينهما في الإنصات إليهما، والاستماع منهما، وينبغي أن يسوي بينهما في لحظهِ أيضاً، فلا ينظر إلى أحدهما أكثر من الآخر، ولا يقسو في نظراته على أحدهما بدون سبب[3].

ومما يقتضيه وجوب التسوية بينهما أن لا يلقن أحدهما بما يضر الآخر، كأن يريد أحدهما الإقرار. فيلقنه الإنكار، أو يريد اليمين، فيلقنه النكول، أو يريد النكول فيشجعه على اليمين، ولا يجوز له تلقين المدعي كيفية تصحيح دعواه، ولا يعاونه على ذلك، فإن معاونة القاضي للمدعي موجبة للتهمة، وانكسار قلب الطرف الآخر، ولأن ذلك نوع خصومة ولا يجوز للقاضي أن يكون خصماً وحكماً، وهو إنما جلس لفصل الخصومة، لا لإنشائها[4] وإنما

لفصل الخصومة لا لتهييجها ولكنا نقول: الرأي في ذلك إليه، فحشمة مجلس القضاء قد تمنعهما من الكلام ما لم يبتدىء القاضي بالكلام. فإذا كان بهذه الصفة كان له أن يبتديء فيقول: ما لكما وما تقدم إليه إلا بعد المنازعة والخصومة بينهما) - المبسوط: جـ١٦ ص٧٨.

(١) تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٥. ثم إذا تكلم المدعي سكت الآخر، واستمع القاضي من صاحب الدعوى حتى يفهم حجته، لأنه إذا تكلما معاً لا يتمكن من أن يفهم كل واحد منهما، قال تعالى: ﴿**مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ**﴾ [الأحزاب:٤]. ولأن تكلمهما معاً نوع شغب، وبه ينتقص حشمة مجلس القضاء- المبسوط: جـ١٦ ص٧٨.

(٢) المبسوط: جـ١٦ ص٧٧، ٧٨. بدائع الصنائع: جـ٧ ص٩ طبع سنة ١٣٢٨هـ. تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٥. منتهى الإرادات: القسم الثاني ص٥٨٠.

(٣) المبسوط: جـ١٦ ص٧٧. بدائع الصنائع: جـ٧ ص٩ طبع سنة ١٣٢٨هـ. تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٢. فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ ص٢١٦. النهاية لولي الدين البصير: جـ٣ ص١٢٩. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٠. منتهى الإرادات القسم الثاني: ص٥٨٠، غاية المنتهى: جـ٣ ص٤٣٧.

(٤) المبسوط: جـ١٦ ص٧٧. الهداية وفتح القدير: جـ٥ ص٤٦٩، بدائع الصنائع: جـ٧ ص١٠ طبع سنة ١٣٢٨هـ. أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق١٥ أ. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٢. جواهر الكلام: جـ٦ ص٣٣٦.

يجوز للحاكم أن يأمر أحد العارفين بتعليم الجاهل بأصول الدعوى والخصومة، لأن الحاكم مأمور بالمحافظة على حقوق النّاس، وفي هذا إحياء للحقوق[1].

وكذلك ليس للقاضي تلقين الشهود أو بعضهم بما يضر أحد الخصوم، كأن يحس من الشاهد بالتوقف، فيجسره على الشهادة، أو يكون مقدماً عليها فيوقفه عنها[2]، ومن الأمثلة على ذلك، لو ادعى المدعي بألف جنيه، فشهد الشهود بألف وخمسمائة، كانت شهادتهم مردودة، فإذا قال القاضي للشاهد: لعل المدعى عليه أبرأ المدعي من خمسمائة فلحظ الشهود خطأهم، فأصلحوه وشهدوا بالإبراء، لم يصح هذا التلقين، وكانت الشهادة باطلة[3].

ثم إذا أراد القاضي إخراجهما من عنده عدل بينهما في ذلك، فلم يستبق أحدهما عنده، ولا يصرف أحدهما قبل الآخر.[4]

هذا ولا يرد على ما قدمنا من وجوب العدل بين الخصوم عدم تسوية القاضي بينهما من حيث قبول قولهم، حيث يقبل قول المدعى عليه مع يمينه، ولا يقبل قول المدعي إلا بعد نكول المدعى عليه، كما وظف الشارع البينة على المدعي، وهي العبء الأثقل، واليمين على المدعى عليه، وذلك لأن معنى التسوية أن يسوي بين الخصوم في العمل بالظاهر، وهذا يقتضي الأحكام السابقة من توظيف البينات على المدعين، والأيمان على المنكرين، والحاصل وجوب التسوية في الأحكام عند التساوي في الأسباب[5].

---

(١) البحر الرائق: جـ٧ ص٢٠٢، أصول استماع الدعوى: ص٨٠.

(٢) المبسوط: جـ١٦ ص٨٧. الهداية وفتح القدير: جـ٥ ص٤٧٠، بدائع الصنائع: جـ٧ ص١٠ طبع سنة ١٣٢٨هـ. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٢.

(٣) أصول استماع الدعوى الحقوقية: ص٨٠، هذا وقد ذكر السرخسي أن أبا يوسف ذهب- خلافاً لأبي حنيفة ومحمد- إلى أنه لا بأس للقاضي أن يقول: (أتشهد بكذا وكذا)، وذلك بعدما ابتلي بالقضاء، ورأى ما رأى من هيبة الشهود في مجلس القضاء، ولأنه من باب البر، قال تعالى: ﴿**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى**﴾ [المائدة:٢]. ولكنه رجح مذهب أبي حنيفة ومحمد- انظر المبسوط: جـ١٦ ص٨٧، وقريبا منه في بدائع الصنائع: جـ٧ ص١٠ طبع سنة ١٣٢٨هـ.

(٤) تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٦.

(٥) قواعد الأحكام- العز بن عبد السلام: جـ١ ص٧٢.

كذلك لا يخل بمبدأ المساواة إعطاء القاضي الحقّ في تأديب من أساء التصرف والأدب في مجلسه[1].

ومن أجل المحافظة على ذلك المبدأ في حياد القاضي، وعدله بين الخصوم لم يكتف الفقهاء بما أوجبوه عليه واستحبوا له في المجلس من التصرفات، وإنما منعوه من كثير من التصرفات في خارج مجلسه، خوفاً من أن تؤدي إلى ظلم أحد الطرفين، أو انكسار نفسه، أو جلب التهمة للقاضي، **ومن ذلك:**

١- أنهم كرهوا له المتاجرة بنفسه، فلا ينبغي أن يتولى البيع والشراء بنفسه، وإنما يوكل غيره، وقد روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال لشريح: (لا تسار ولا تضار ولا تبع ولا تبتع ما دمت على القضاء)[2]. وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه قال: (تجارة الولاة لهم مفسدة، وللرعية مهلكة)، وروي عنه أنه قال: (تجارة الولاة من أشراط الساعة)[3]. ولأنه لو فعل ذلك لكان معروفاً بين الناس، فيكون مظنة أن يحابوه في معاملاتهم معه، فيكون ما يأخذه في معنى الرشوة. ثم إن ذلك يشغله عن النظر في أمور الناس، وما يؤدي إلى الحرام فهو حرام[4].

٢- كرهوا للقاضي أن يستعير أو يقترض ممن لم يكن قبل القضاء يستعير أو يستقرض منه[5].

---

(١) تاريخ القضاء - محمد عرنوس: ص١٤٠.

(٢) أدب القاضي - السمعاني: ق١٤ب، جواهر العقود: جـ٢ ص٣٥٧، وقد روى الحاكم في الكنى عن رجل أن رسول الله ﷺ قال: (ما عدل وال اتجر في رعيته أبداً) - انظر: الفتح الكبير: جـ٣ ص٩٦.

(٣) انظر: شرح الخرشي وحاشية العدوي: جـ٧ ص١٥٠.

(٤)الأم:جـ٦ ص٢٠١، طبعة مصورة عن طبعة بولاق سنة ١٣٢١هـ، المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٧٩. ولكن الحنفية كرهوا له ذلك في مجلس القضاء، وعندهم لا بأس في ذلك في غير مجلس القضاء، لأن رسول الله ﷺ باشر الشراء بنفسه، وكان رؤساء القضاة والخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم يباشرون ذلك بأنفسهم، حتى أن أبا بكر ﷺ ، بعدما استخلف، حمل متاعاً من متاع أهله إلى السوق، ليبيعه، ولأنه بعد تقلد القضاء يحتاج لنفسه وعياله إلى ما كان محتاجاً إليه قبل التقلد. انظر: المبسوط: جـ١٦ ص٧٧. والمصلحة والاحتياط للعدل يقتضيان إبعاد القاضي عن الشبهات. وقد ذهب إلى مثل ما ذكره السرخسي فقهاء المالكية، فكرهوا له البيع والشراء في مجلس القضاء دون غيره - انظر: شرح الخرشي وحاشية العدوي: جـ٧ ص١٥٠.

(٥)تبصرة الحكام: جـ١ ص٢٤ طبع سنة ١٣٠١هـ، جواهر العقود: جـ٢ ص٣٥٧.

٣- ويحرم عليه قبول الهدية من الخصمين جميعاً، أو أحدهما[١]، اللّهمّ إلا إذا كان ذا رحم. وأجاز كثيرٌ من الفقهاء للقاضي قبول الهدية ممن اعتاد إهداءه قبل تنصيبه قاضياً بشرطين:

أحدهما: أن لا يكون بينه-أي المهدي- وبين أحد خصومة وقت الهدية.

الثاني: أن لا يزيد في هديته على ما هو المعتاد قبل القضاء، فإن زاد رد القاضي الزيادة[٢].

---

(١) قال ابن قدامة: (وروي عن أبي حنيفة وأصحابه أن قبول الهدية مكروه غير محرم، وفيما ذكرنا دلالة التحريم - المغني: جـ٩ ص٧٨. والأصل أن قبول الهدية في الشرع مندوب إليه، قال رسول اللّه ﷺ: (نعم الشيء الهدية إذا دخلت الباب ضحكت الأسكفة)، وقال ﷺ: (الهدية تذهب وجر الصدر) وقال أيضاً (تهادوا تحابوا)، ولكن هذا في حقّ من لم يتعين لعمل من أعمال المسلمين، فأما من تعين لذلك، كالقضاة والولاة فعليه التحرز عن قبول الهدية، خصوصاً ممن كان لا يهدي إليه قبل ذلك، لأنه نوع من الرشوة والسحت، والأصل فيه ما رواه الشيخان عن أبي حميد الساعدي قال: (استعمل رسول اللّه ﷺ رجلاً من الأزد على صدقات بني سليم يدعى ابن اللتيبة، فلما جاء حاسبه قال: هذا مالكم وهذا هدية، فقال رسول اللّه ﷺ: فهلا جلست في بيت أبيك وأمك حتى يأتيك هديتك إن كنت صادقاً، ثم خطبنا، فحمداللّه وأثنى عليه، ثم قال: أما بعد فإني استعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني اللّه فيأتي فيقول: هذا مالكم وهذا هدية أُهديت لي أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته إن كان صادقاً، واللّه لا يأخذ أحدٌ منكم منها شيئاً بغير حقّ إلا لقي اللّه تعالى يحمله يوم القيامة، فلأعرفن أحداً منكم لقي اللّه يحمل بعيراً له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر، ثم رفع يديه حتى رئي بياض أبطيه، ثم قال: اللّهمَّ هل بلغت، بصر عيني وسمع أُذني)، ويروى عن عمر ﷺ أنه قال لواحدٍ مثل هذا، فدلّ ذلك أن قبول القاضي ونحوه للهدية من قبيل الرشوة، وقد وردت أخبار كثيرة بتحريم هدايا العمال منها قول رسول اللّه ﷺ: (هدايا العمال غلول)، ومنها ما رواه أبو يعلى من قوله عليه الصلاة والسلام: (هدايا العمال حرام)، وأما ما رواه الترمذي عن عائشة رضي اللّه تعالى عنها أنه ﷺ كان يقبل الهدية ويثيب عليها فهو خاص به صلوات اللّه وسلامه عليه، لأنه معصومٌ عن الميل، لذلك كله فإن الفقهاء يكادون يجمعون على حرمة هذه الهدايا، وما في معناها من الهبات والصدقات والضيافة: انظر المبسوط: جـ١٦ ص٨٢. تبصرة الحكام: جـ١ ص٢٢، ٢٣ طبع سنة ١٣٠١هـ، شرح الخرشي وحاشية العدوي: جـ٧ ص١٥١. فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ ص٣١٩،٣٢٠، نهاية المحتاج: جـ٨ ص٩٥، المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٧٧.

(٢) فتح القدير: جـ٥ ص٤٦٧، بدائع الصنائع: جـ٧ ص٩،١٠، طبع سنة ١٣٢٨هـ. شرح الخرشي وحاشية العدوي: جـ٧ ص١٥١، فتح الرحيم: جـ٢ ص١٢٣، فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ ص٣١٩. نهاية المحتاج: جـ٨ ص٩٥، جواهر العقود: جـ٢ ص٣٥٧. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٧٧.

٤- وينبغي على القاضي أيضاً أن يجتنب الولائم، واستثنى كثيرٌ من الفقهاء من هذا وليمة النّكاح، فأجازوا للقاضي حضورها، إلا أنّهم كرهوا له الأكل فيها وإن حضرها[١].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يجوز للقاضي حضور الولائم، لأن رسول الله ﷺ كان يحضرها ويأمر بحضورها وقال: (من لم يجب فقد عصى الله ورسوله)[٢]، اللهمَّ إلا إذا كثرت وازدحمت، فينبغي تركها جميعها، لأن ذلك يشغله عن الحكم، لكنّه يعتذر لأصحابها، ولا يجيب بعضاً دون بعض[٣].

وما ذكر إنما هو بالنسبة لحضور الوليمة عند غير خصم، وأما إذا كان الداعي خصماً، فتحرم إجابته على القاضي[٤].

٥- وليس للقاضي أن يضيف أحد الخصمين، ولا أن ينزل ضيفاً عند أحدهما دون الآخر[٥]، فقد ورد عن الحسن البصري أنه قال: (جاء رجل فنزل على علي فأضافه فلما قال له: إني أُريد أن أُخاصم قال له علي: تحول، فإن النبي ﷺ نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه)[٦]. ولا بأس أن يضيفهما معاً، لأن المساواة بينهما في ذلك تبعد عنه تهمة الميل لأحدهما[٧].

---

(١) المبسوط: جـ١٦ ص٨٢. القوانين الفقهية: ص٢٨٥، شرح الخرشي وحاشية العدوي: جـ٧ ص١٥٠، ١٥١.

(٢) رواه مسلم عن أبي هريرة- انظر صحيح مسلم بشرح النووي: جـ٩ ص٢٣٧.

(٣) المهذب: جـ٢ ص٢٩٢، طبع دار إحياء الكتب العربية، مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٢ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٧٩، ٨٠.

(٤) فتح القدير: جـ٥ ص٤٦٨، فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ ص٢٢١.

(٥) المبسوط: جـ١٦ ص٧٦. بدائع الصنائع: جـ٧ ص٩ طبع سنة ١٣٢٨هـ. تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٦. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٢.

(٦) رواه إسحق بن راهويه في مسنده عن الحسن عن علي واللفظ له، ورواه عبد الرزاق في "مصنّفه" من طريق آخر، ورواه الطبراني في "معجمه الوسط" عن حرب بن أبي الأسود الرملي عن أبيه عن علي- انظر: نصب الراية: جـ٤ ص٧٣، مجمع الزوائد: جـ٤ ص١٩٦.

(٧) المبسوط: جـ١٦ ص٧٦. الهداية وفتح القدير: جـ٥ ص٤٦٩.

٦- ويكره للقاضي أن يُفتيَ للخصوم في القضاء، حتى لا يعلم الخصوم قوله، وقد روي عن شُريح رحمه الله حين سئل عن مسألة الحبس أنه قال: (إنما أقضي ولستُ أُفتي). وقد كره بعض العلماء أن يُفتيَ في المعاملات، وقالوا: لا بأس به خارج المجلس.

وذهب السرخسي إلى أنه لا بأس بأن يُفتيَ في المعاملات والعبادات في مجلس القضاء وغيره، لِما روي أن رسول الله ﷺ كان يُفتي ويقضي، والخلفاء بعده فعلوا ذلك، ولأن القضاء في حقيقته فتوى، إلا أنه ملزم، وإنما كره له أن يُفتيَ للخصم فيما خاصم فيه إليه[1].

هذا وقد ذهب المالكية إلى أن التسوية بين الخصمين واجبة على القاضي، وإن كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً، وقالوا إذا أتى المسلم وكان مدعياً، فلا يحكم له ولا ينظر في أمره حتى يتساويا في المجلس، ويرضى بالحقّ، وأما إذا كان مدعىً عليه قال له القاضي: إما أن تساويه في المجلس وإلا نظرت له وسمعت منه، و لم ألتفت إليك و لم أسمع منك[2].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه ينبغي تمييز المسلم عن الكافر في الجلوس ونحوه، واستدلوا على ذلك بخبر وارد عن الإمام علي ﷺ، وذلك أنه جلس بجنب شُريح في خصومة له مع يهودي، فقال: لو كان خصمي مسلماً جلستُ معه بين يديك، ولكني سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: (لا تساووهم في المجالس)[3].

واستدلوا أيضاً بأن الكافر جنى على نفسه بكفره، فأخره ذلك عن المسلم[4].

ولعل المالكية أقرب من غيرهم إلى روح الشريعة، ومقتضيات قواعدها العامّة، بالإضافة إلى عموم النصوص المتقدمة في وجوب التسوية بين الخصوم في القضاء، وذلك أنه وردت

---

(١)المبسوط: جـ١٦ ص٨٥،٨٦، شرح الخرشي: جـ٧ ص١٥٠.

(٢) تبصرة الحكام: جـ١ ص٤١. مختصر خليل وشرح الخرشي وحاشية العدوي: جـ٧ ص١٥٢، ١٥٣، منح الجليل: جـ٤ ص١٦٦.

(٣) ذكره البيهقي في السنن الكبرى: جـ١٠ ص١٣٦، وانظر أيضاً: سبل السلام: جـ٤ ص١٧٠.

(٤) قواعد الأحكام: جـ١ ص٧٢، أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق١٤ب، إعانة الطالبين: جـ٤ ص٢١٦، النهاية لولي الدين البصير: جـ٣ ص١٢٠٩. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٢.

أخبار كثيرة عن رسول الله ﷺ تقرر أن للذميين في دولة الإسلام ما للمسلمين من الحقوق، ودل على ذلك كثير من المسائل والفروع، ومن الحقوق حق المساواة في المعاملة في جميع المجالات، ومنها المعاملة التي تصدر عن القاضي وهو ينظرَ في الخصومات. وأما الحديث الذي اعتمد عليه الفريق الثاني فإنه لا يقوى على تخصيص تلك القاعدة العامّة، وتلك الأخبار الصحيحة المقتضية لوجوب المساواة، فقد تكلم فيه علماء الحديث والرجال، ولم يقبلوه، فقد أنكره الحاكم، وأعله ابن الجوزي[1] وقال عنه ابن الصلاح[2]: لم أجد له إسناداً يثبت[3].

ويجدر بالذكر أنه ورد في بعض الكتب الفقهية اعتبار تلك الأمور التي تحقق المساواة بين الخصوم مستحبة، وليست واجبة على القاضي وجوباً، وقد رد القاضي الشافعي ابن أبي الدم هذا، وذهب إلى وجوب كل ما يؤدي إلى المساواة بينهما، وحرمة كل ما يؤدي إلى التمييز والتفضيل.[4]

والحاصل أن القاضي ممنوع من كل تصرف يؤدي إلى خرق ذلك المبدأ أو خدشه، وقد احتاط الفقهاء لذلك، فسدوا جميع ما يمكن أن يؤدي إلى خرقه من الذرائع، **ومن ذلك ما**

---

(١) هو عبد الرحمن بن علي الجوزي القرشي البغدادي أبو الفرج (٥٠٨-٥٩٧هـ): علامة عصره في التاريخ والحديث، مولده ووفاته في بغداد، ونسبته إلى "مشرعة الجوز" من محالها، له نحو ثلاثمائة مصنف منها: "الأذكياء وأخبارهم" و"مناقب عمر بن عبد العزيز" و"روح الأرواح" و"الذهب المسبوك في سيَر الملوك" و"المقامات" -انظر: الأعلام: جـ٤ ص٨٩.

(٢) هو عثمان بن عبد الرحمن بن موسى الشهرزوري الكردي، أبو عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح، (٥٧٧-٦٤٣هـ): أحد الفضلاء المقدمين في التفسير والحديث والفقه وأسماء الرجال، له كتاب "معرفة أنواع علم الحديث" و"الأمالي" و"الفتاوي" و"شرح الوسيط" في فقه الشافعية و"أدب المفتي والمستفتي"- انظر الأعلام: جـ٤ ص٣٦٩ .

(٣) فقد قال ابن حجر: (قال عنه الحاكم: منكر، وأورده ابن الجوزي في العلل من هذا الوجه- أي الذي أورده الحاكم- وقال: لا يصح، تفرد به أبو سمية، وقال عنه ابن الصلاح في الكلام على أحاديث الوسيط: لم أجد له إسناداً يثبت، وقال ابن عسكر في الكلام على أحاديث المهذب: إسناده مجهول)- التلخيص الحبير: جـ٤ ص١٩٣، وذكر الشوكاني نحو هذا وزاد عليه قوله: (ورواه البيهقي من وجه آخر- أي غير الوجه الذي رواه الحاكم وابن الجوزي- من طريق جابر عن الشعبي، وفي إسناده عمرو ابن سمرة عن جابر الجعفي، وهما ضعيفان)- نيل الأوطار :جـ٨ ص٢٨٥.

(٤) أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق١٤ب.

يلي:

أ- فقد ذهب كثيرٌ من الفقهاء إلى عدم جواز قضاء القاضي بعلمه، وخصوصاً بعد فساد الزمان[1]، لأن في إجازة ذلك له فتح الباب لمن فسدت ضمائرهم من القضاة للتمييز والانحياز، وبالتالي للظلم.

ب- كذلك منعوا القاضي من النظر في خصومة له فيها أو لمن يخصه من أقاربه مصلحة من المصالح[2]، لأن عاطفته نحو نفسه أو أقاربه قد تجره إلى ظلم الخصم الآخر.

جـ- بل ذهب بعض الفقهاء إلى أبعد من ذلك في الاحتياط، فذكروا أنه إن كان بين الخصوم امرأة شابة ذات جمال ومنطق رخيم، بحيث يؤدي سماعها إلى الشغف بها وجب على القاضي أن يمنعها من المقاضاة بنفسها، وأن يأمرها بتوكيل من يخاصم عنها[3].

---

(١) لقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بخلاف علمه، ولو ثبت ذلك بالبينة، فإن حدث ذلك وقامت بينة على خلاف علمه وجب عليه أن يعتزل النظر في القضية أو يحيلها إلى قاضٍ آخر.
واتفقوا أيضاً على أنه يجوز للقاضي أن يقضي بما يعلمه مما يقع أمامه في مجلس القضاء. غير أنهم اختلفوا في قضاء القاضي بعلمه الذي يكتسبه خارج مجلس القضاء على النحو التالي:
- فقد منعه المالكية والشافعية في قول الحنابلة والإمام محمد في رواية ومتأخرو الحنفية والاباضية.
- وأجازه أبو حنيفة بشرط أن يتكون علم القاضي بعد توليه القضاء، وأن يكون في مكان ولايته، وأن لا يعزل القاضي بين حدوث علمه ووقت القضاء به.
- وأجازه الشافعية في المشهور عندهم والصاحبان من الحنفية والزيدية والإمامية وابن حزم وأحمد بن حنبل في رواية: انظر تفصيل ذلك في: المبسوط: جـ١٦ ص١١٥. حاشية ابن عابدين: جـ٥ ص٤٢٣. شرح الخرشي: جـ٧ ص١٦٩، المجموع للأمير: جـ٢ ص٣٢٣. المهذب: جـ٢ ص٣٠٤، الميزان الكبرى: جـ٢ ص٢٠٤، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة: جـ٢ ص٢٠٧، نهاية المحتاج: جـ٨ ص٢٤٦، المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٥٣، القواعد لابن رجب: ص١٢٢، الإفصاح: ص٤٣١، كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٧. التاج المذهب: جـ٤ ص٦٧. شرائع الإسلام: جـ٢ ص٢٠٧. أصول الإثبات في الفقه الجعفري: ص١٥٩، شرح الأزهار: جـ٤ ص٣٢٠، شرح النيل: جـ٦ ص٥٧٧، طرق القضاء- أحمد إبراهيم: ص٣٥.

(٢) فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ ص٢٢٥، نهاية المحتاج: جـ٨ ص٩٦.

(٣) تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٤ .

مبدأ المساواة بين الخصوم عن أهل القانون:

اعتبرت التشريعات الوضعية المساواة بين الخصوم وحياد القاضي من الأُصول العامّة في التقاضي.

ولهذا المبدأ مظاهر في التشريعات الحديثة تدل عليه **ويقتضيها هو أيضاً منها:**

١- عدم جواز الجمع بين صفتي الخصم والحكم: ويقتضي ذلك عدم إتاحة الفرصة للقاضي في أن ينظر في أية دعوى يكون له فيها مصلحة شخصية، ولو معنوية، كما يقتضي أن لا تتاح له الفرصة في أن ينظر في خصومة يكون أحد طرفيها قريباً له أو صديقاً حميماً أو عدواً، بل ذهبوا إلى أن القاضي لا يجوز له أن يجلس للفصل في خصومة سبق له إبداء الرأي فيها، لاحتمال أن يتشبث برأيه السابق، مما يخل بحياده الواجب[١].

٢- عدم جواز القاضي بعلمه، سداً لذريعة ميله إلى أحد الخصوم، وسداً لذريعة اتهامه من قبل أحد الخصوم بالمحاباة للطرف الآخر، غير أنه يقصد بالعلم الذي يمنع القاضي من الاعتماد عليه في حكمه العلم السابق للقضية، وأما العلم الذي يستفيده القاضي من دراسة وقائع القضية كما لو استنتج شيئاً بعد رؤية محل النزاع ومعاينته له، فهو جائز، إذ لا ترد عليه التهمة في مثل ذلك[٢].

وكذلك لا يعتبر من قبيل قضاء القاضي بعلمه الشخصي أن يستند في حكمه إلى ما هو معروف بين الناس، كالمعلومات التاريخية أو الجغرافية، أو العلمية، فله أن يستعين في قضائه بحادث تاريخي مشهور أو بموقع جغرافي معروف أو بعملية حسابية ظاهرة[٣].

هذا ويرى بعض علماء القانون أن منع القاضي من القضاء بعلمه ليس فرعاً عن مبدأ حياد القاضي، وإنما هو النتيجة المترتبة على حقّ الخصوم في مناقشة أي دليل يقدم في القضية،

---

(١) أصول المرافعات – أحمد مسلم:ص٣٧٤، ٣٧٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) شرح قانون المرافعات المدنية العراقي– ضياء شيت خطاب: ص٢٨٨.

وذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلاً في القضية ولما كان للخصوم حقّ مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم، فيكون خصماً وحكماً، وهذا لا يجوز(١).

بينما يرى آخرون أن عدم جواز قضاء القاضي بعلمه إمعان في الحرص على مظهر الحياد له، وذلك أن العلم بظروف قضية معينة قد يكون سبباً للشهادة فيها، والشهادة تكون في نهاية الأمر لصالح أحد الخصوم، فلو أُبيح للقاضي أن يقضي بعلمه لكان ذلك إباحة له بالميل مع أحد الخصوم(٢).

والحقّ أن منع القاضي من القضاء بعلمه يقتضيه المبدآن السابقان، حقّ الخصم في مناقشة الأدلة التي يقدمها الآخر، ومبدأ حياد القاضي، نعم قد يقضي القاضي بناءً على علمه، ويظل محافظاً على حياده، ولكن المطلوب هو سد جميع الذرائع التي قد تؤدي إلى خرق هذا المبدأ، ومنها إباحة القضاء بعلم القاضي.

٣- وجوب المساواة بين الخصوم أمام القضاء، ويقتضي ذلك وحدة النظر إلى الخصوم، ووحدة المعاملة، ما داموا في نفس الظروف، فلا يولي أحدهم رعاية خاصة إلا بناءً على اعتبارات إنسانية لا ترقى إليه بسببها الشكوك، فلا يعبس في وجه خصم، ويبش في وجه الآخر، ولا يأذن لأحدهما بالجلوس دون الآخر، كما يقتضي أن يمتنع عن جميع مظاهر المجاملة لبعضهم، ومنحهم جميعاً فرصاً متكافئة(٣).

ولا ينبغي أن يظنّ بأن حياد القاضي يقتضي أن يكون سلبياً في سير الخصومة، فإن حياده لا يتعارض مع سلوكه الإيجابي في توجيه سير الخصومة لتحقيق العدالة(٤)، ولكن ينبغي أن يظهر إيجابيته نحو الطرفين، فلا يكون إيجابياً بصدد معاملة أحدهما، وسلبياً مع الآخر.

---

(١) الوسيط للسنهوري: جـ٢ ص٣١،٣٤.
(٢)أصول المرافعات – أحمد مسلم:ص٣٧٨، ٣٧٩، طبع سنة ١٩٦٨م.
(٣)شرح قانون المرافعات المدنية العراقي– ضياء شيت خطاب: ص٢٨٨، أصول المرافعات – أحمد مسلم:ص٣٧٤، ٣٧٥ .
(٤)أصول المرافعات – أحمد مسلم:ص٣٧٤، ٣٧٥.

٤- فرض بعض الواجبات على القضاة، وحظر بعض الأعمال والتصرفات عليهم خارج مجلس القضاء، فقد نصت المادة ٧٤ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ على أنه (لا يجوز الجمع بين وظيفة القضاء، ومزاولة التجارة، أو أية وظيفة أو أي عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته، ويجوز لمجلس القضاء أن يقرر منع القاضي من مباشرة أي عمل يرى أن القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن أدائها).

ونصت المادة ٦٧ من القانون المذكور على أنه (لا يجوز للقاضي- بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى- أن يكون محكماً ولو بغير أجر، ولو كان النزاع غير مطروح أمام القضاء، إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره، لغاية الدرجة الرابعة بدخول الغاية).

ونصت المادة ٧٥ من القانون المذكور أيضاً على أنه (يحظر على المحاكم إبداء الآراء والميول السياسية، ويحظر كذلك على القضاة الاشتغال بالسياسة أو التقدم للانتخابات العامّة).

فإذا قصر القاضي في هذه الواجبات، أو بعضها، فإنه يتعرض للمسئولية التأديبية وإنما فرضت عليه هذه الواجبات، وحظر عليه ما حظر للحفاظ على استقلال القضاء وكرامته كما صرحت بذلك المادة ٧٤ من قانون السلطة القضائية المذكور، ولا شك أن في استقلال القضاء حفاظاً على حياد القضاة تجاه الخصوم، وتنزيهاً لهم عن كل ما يعرضهم للتهم والأقاويل.

المطلب الثاني
في علنية المحاكمة

لقد أعطي هذا المبدأ أهميةً كبرى في التشريعات المعاصرة، حتى نصّ عليه في بعض الدساتير، بالإضافة إلى تقريره في القوانين الأخرى، وممن سار على هذا المنهج المشرع المصري.

فقد نصّت المادة ١٥٤ من الدستور على أن (جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية، مراعاة للنظام العام أو الآداب).

كما نصّت المادة ٢٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥م على أن (تكون جلسات المحاكم علنية إلا إذا أمرت المحكمة بجعلها سرية مراعاةً للآداب، أو محافظةً على النظام العام) .

ونصّت المادة ١٠١ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م على أنه (تكون المرافعة علنية، إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم إجراءها سراً محافظة على النظام، أو مراعاةً للآداب أو لحرمة الأسرة).

وهكذا اعتبر هذا الأسلوب في المحاكمة مبدأً عاماً رفيعاً، لا يستطيع القانون مخالفته، وإلا تعرض للإبطال لعدم دستوريته.

ويقتضي هذا المبدأ علنية الحكم أيضاً، ولذلك نصّت المادة ١٧٤ من قانون المرافقات المذكور على أن النّطق بالحكم ينبغي أن يكون علناً، وإلا كان باطلاً.

ولما كان هذا المبدأ لا يتم تطبيقه إلا إذا كانت مرافعة الطرفين أو وكلائهما بطريقة

شفوية فقد جعل الشراح شفوية المرافعات من مكملات هذا المبدأ، فلا بدّ منها لتحققه[1].

وقد عللوا هذا المبدأ بأنه من أكبر ضمانات العدالة، لأن رقابة الجمهور على القضاء تجعل القاضي منتبهاً دائماً إلى ما يجب عليه، وحصول المرافعات وصدور الأحكام على مرأى ومسمع من النّاس مما يزيد في طمأنينة المتقاضين، ويجعلهم في مأمن من تحكم القاضي[2].

غير أنه جعل للمحكمة- كما يرى من تلك النّصوص- الحقّ في جعل الجلسات سرية بشرط أن تعتمد في ذلك على أحد المبررات التي تعود إلى المحافظة على النظام العام، أو الآداب العامّة، بحيث أنها لو جعلت الجلسات علنية لأدى ذلك إلى الإضرار بأمن البلاد ونظامها أو آدابها العامّة.

علنية المحاكمة في الفقه الإسلامي:

وقد سار واضعو مجلة الأحكام العدلية في هذا التيار، فنصّت المادة ١٨١٥ منها على أنه (يجري الحاكم المحاكمة علناً، ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم).

وقد صرح بعض المحدثين بأن الأصل في القضاء الإسلامي هو العلانية، حتى تكون الدعوى معلومة، فيدخل في الخصومة من يجد أنها تتعدى إليه، أو له بها علاقة، وحتى يحصل الاطمئنان لدى الخصوم، والردع والزجر لدى الحاضرين[3].

وتقتضينا الدّقة في النقل أن نقرر بأن الفقهاء المسلمين لم ينصوا على وجوب نظر الخصومات في جلسات علنية. ولكننا نجد أن الواقع العملي الذي كان عليه قضاء رسول اللّه ﷺ، وأصحابه من بعده هو العلانية في المسجد، أو في مكان عام لا يمنع أحد من دخوله، فقد روي عن رسول اللّه ﷺ أنه كان يقضي بين الخصوم في معتكفه، وكان الخلفاء الراشدون

---

(١)أصول المرافعات – أحمد مسلم:ص ١٤٧.
(٢) المرافعات المدنية والتجارية- أبو هيف: ص٧٣، قواعد المرافعات- العشماوي: ص١٠١.
(٣) القضاء في الإسلام- محمد سلام مدكور: ص٤٩.

يجلسون في المساجد لفصل الخصومات، بل روي عن بعض القضاة أنهم كانوا يقضون في الطريق العام من غير مضايقة المارة[1].

ومع أن الفقهاء لم يستنبطوا من ذلك الواقع الكريم الذي كان عليه رسول اللّه ﷺ وصحابته وجوب العلنية في المحاكمة، فإنه لا اقل من أن يعطى ولي الأمر الحقّ في فرضه على القضاة، ولو كان ذلك في كل حادثة خصوصاً أن مبرراته في هذا العصر أشدُّ وأقوى من قبل، بسبب فساد الزمان وعدم التشدّد في شروط تولية القضاة.

ولكن يجدر بنا أن لا نغفل أمراً اهتم به الفقهاء في هذا المقام، واستحبوه للقضاة، وهو حضور العلماء مجلس القضاء، بل استحبوا للقاضي نفسه دعوتهم لذلك، إلا إذا كان يدخله حصر من قعودهم عنده، فيجلس وحده، ولكن يستشيرهم خارج مجلس القضاء. وإنما استحبوا ذلك له من أجل استشارتهم وإتاحة الفرصة لهم في مراقبته من حيث معاملته للخصوم وفهمه للقضية، وتطبيق أحكام الشرع على الواقع[2]. **وإليك فيما يلي بعض أقوال العلماء في ذلك:**

فقال الكمال بن الهمام[3] في شرحه لقول صاحب الهداية «ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك، لأن في جلوسه وحده تهمة» ما نصّه: (وروي أن عثمان ﷺ ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة. ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم، وكان أبو بكر

(١) شرح أدب القاضي للحسام الشهيد: ق٢٢ب، ٢٣أ، وقد تقدم ذكر ذلك في الباب الأول عند الكلام عن مكان القضاء- انظر ص ٢١١.

(٢)المبسوط: جـ١٦ ص٧٩. تبصرة الحكام: جـ١ ص٢٩طبع سنة ١٣٠١هـ .شرح الخرشي وحاشية العدوي: جـ٧ ص١٤٩، ١٥٠منح الجليل: جـ٤ ص١٥٩، ١٦٠ ، نهاية المحتاج: جـ٨ ص٩٤، فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ ص٢١٨، المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٥١، ٥٢. منتهى الإرادات: القسم الثاني: ص٥٨١.

(٣) هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين الشهير بابن الهمام السكندري السيواسي (٧٨٨-٨٦١هـ) من كبار علماء الحنفية، وقد عده بعضهم من أهل الإجتهاد، له تصانيف معتبرة منها شرح الهداية المسمى بفتح القدير، وهو أشهر كتبه وأحسنها، وتحرير الأصول، والمسايرة في العقائد- الفوائد البهية: ص١٨٠-١٨١.

يحضر عمر وعثمان وعلياً، حتى قال أحمد: يحضر مجلسه العلماء من كل مذهب، ويشاورهم فيما يشكل عليه)[1].

وقال ابن فرحون في مقام ذكره لِما ينبغي للقاضي أن يفعله في سيرته في الأحكام ما نصّه:(ومنها أنهم قالوا: لا يقضي إلا بحضرة أهل العلم ومشورتهم، لأن اللّه تعالى يقول لنبيه: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ﴾[آل عمران:١٥٩] ، وقال الحسن البصري ﷺ: كان ﷺ مستغنياً عن مشاورتهم، ولكنه أراد أن تصير سنة للحكام، قال أشهب[2]: إلا أن يخاف المضرة من جلوسهم، ويشتغل قلبه بهم وبالحذر منهم، حتى يكون ذلك نقصاناً في فهمه، فأحب إلي أن لا يجلسوا إليه)[3].

وقال أبو إسحق الشيرازي في «المهذب»: (والمستحب أن يحضر مجلسه الفقهاء ليشاروهم فيما يشكل، لقوله تعالى: وشاورهم في الأمر)[4].

وقال ابن قدامة: (قال أصحابنا: يستحب أن يحضر مجلسه أهل العلم من كل مذهب حتى إذا حدثت حادثة يفتقر إلى أن يسألهم عنها سألهم ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها، فإنه أسرع لاجتهاده)[5].

ومع أن الفقهاء-كما هو واضح مما تقدم- يجعلون ذلك مستحباً، وليس واجباً إلا أن

---

(١) فتح القدير: جـ٥ ص٤٦٧.

(٢) هو ابن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم أبو عمر القيسي، واسمه مسكين، وأشهب لقب، وهو من أصحاب مالك من أهل مصر، انتهت إليه الرئاسة بمصر بعد ابن القاسم وقال عنه الشافعي:ما رأيت أفقه من أشهب، ولد سنة ١٤٠ﻫ وقيل سنة ١٥٠ﻫـ وتوفي سنة ٢٠٤ﻫـ- انظر: الديباج المذهب: ص٩٩.

(٣)تبصرة الحكام: جـ١ ص٢٩طبع سنة ١٣٠١ﻫ .

(٤) المهذب: جـ٢ ص٢٩٧ طبع دار إحياء الكتب العربية. وقال النووي في المنهاج: (ويندب أن يشاور الفقهاء)، وقال الشربيني في شرحه: (المراد بالفقهاء كما قاله جمع من الأصحاب الذين يقبل قولهم في الإفتاء، فيدخل الأعمى والعبد والمرأة، ويخرج الفاسق والجاهل)- مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩١ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧ﻫ.

(٥) المغني: جـ٩ ص٥٢.

بعضهم قال بالوجوب[1]، ويشير إلى ذلك ما نقل عن ابن عطية[2] المالكي من قوله: (من لم يستشر أهل العلم والدين فعزله واجب، وهذا مما لا خلاف فيه)[3] غير أن كثيراً من الفقهاء صرحوا بوجوب حضور العلماء بمجلس القاضي إذا كان هذا بليداً، أو كان في القضية إشكال، وفي ذلك يقول الشيخ عليش[4]: (وينبغي للقاضي أن يحضر العلماء بمجلس القضاء في معضلة أو يشاورهم....وإن كان بليداً بلادة لا يمكنه معها ضبط قول الخصمين، وتصور الحقيقة، لم يختلف في وجوب حضورهم)[5]، وقال الشيخ الشربيني[6] في مغني المحتاج: نقلاً عن القاضي حسين: (وإذا أشكل الحكم تكون المشاورة واجبة، وإلا فمستحبة)[7].

وهذا النوع من العلانية والمراقبة أجدى نفعاً من مراقبة العوام، فإن اللحن في الحجج والالتواء في الاستنتاج غدا في أيامنا هذه أيسر طرقاً، وأوسع مجالاً، وأكثر وسائل من أي وقت مضى، خصوصاً بعدما أصبحت مهنة المحاماة من أربح المهن و لم يعد الهدف المقصود بها إظهار الحقّ وإزهاق الباطل، وإنما جمع الأموال وكسب الشهرة، ولو أدى ذلك إلى عكس المقصود بالقضاء، وهو حماية الحقوق وردها إلى أهلها. وإن إتاحة الفرصة للعلماء من الأمّة لمراقبة القضاة والمحامين أفضل من مراقبة النّاس عامّة، فهم أقدر من غيرهم على

---

(١) انظر: شرح الخرشي: جـ٧ ص١٥٠، وإعانة الطالبين: جـ٤ ص٢١٨.

(٢) هو عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن عبد الرؤوف بن تمام بن عطية المحاربي، كان فقيهاً عالماً بالتفسير والأحكام والحديث وغير ذلك، وكان غاية في الدهاء، والذكاء، وأحسن كتبه «الوجيز في التفسير»، كان مولده سنة ٤٨١هـ، ووفاته سنة ٥٤٦هـ- الديباج المذهب: ص١٧٤.

(٣) انظر: منح الجليل: جـ٤ ص١٦٠.

(٤) هو الشيخ محمد بن أحمد أبو عبدالله (١٢١٧-١٢٩٩هـ): فقيه من أعيان المالكية، سجن وهو مريض بتهمة موالاته لثورة عرابي، وتوفي في السجن، له تصانيف منها «منح الجليل» و«فتح العلي المالك» - الأعلام: جـ٦ ص٢٤٤.

(٥) منح الجليل: جـ٤ ص١٥٩.

(٦) هو شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي، أجمع أهل مصر على صلاحه ووصفوه بالعلم والعمل، وأدرس وأفتى في حياة أشياخه، وانتفع به خلق لا يحصون، وله مؤلفات كثيرة منها: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، وكتاب في التفسير، توفي سنة ٩٧٧هـ - انظر الأعلام: جـ٦ ص٢٣٤.

(٧) مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩١ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

اكتشاف انحرافهم وفنونهم في الالتواء والتأويل.

ولا بدّ من الإشارة في هذا المقام إلى أن الفقهاء المسلمين قد شددوا كثيراً في شروط تعيين القاضي، بما يحقق أضعاف ما يحققه ذلك المبدأ المشار إليه من ضمان للعدل والمساواة فقد اشترطوا فيه أن يكون مشهوراً بعدالته، صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، مأموناً في الرضا والغضب، عالماً بأصول الأحكام الشرعية، مرتاضاً لفروعها حتى يجد طريقاً إلى العلم بأحكام النوازل وتمييز الحقّ من الباطل[١]، ولا يصح تولية الجاهل إلا عند الضرورة، وفي هذه الحالة ينبغي تعقب ما يصدره من الأحكام، ولو اعتاد مشاورة العلماء[٢].

وإن هذا الذي اشترطوه في القاضي لأعظم ضمانٍ للعدل، فإن مراقبة اللّه تعالى والخوف منه لأحسن ضابط للإنسان، يحفظه من الزيغ والانحراف، وأما الخوف من النّاس فليس بشيء، لأن من خاف اللّه لم تحدثه نفسه بالانحراف أبداً، ومن خاف النّاس ابتغى عليهم التمويه والتضليل ليظهر أمامهم منصفاً عادلاً، وهو في حقيقته مغرق في الظلم والباطل، ومن خاف اللّه تولاه بعنايته وتسديده، ومن خاف النّاس تخلى عنه ربُّ الناس و لم يوفقّه.

المطلب الثالث
في المواجهة بين الخصوم

الأصل في الفقه الإسلامي أنه لا يصح للقاضي النظر في الدعوى مع غياب أحد الخصوم، فلا ينبغي أن يدخل عليه أحدهما دون صاحبه، لا في مجلس قضائه ولا في خلوته، ولا ينبغي أن يجيب أحدهما في غيبة الآخر[٣].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٤٣ .

(٢) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: جـ٤ ص١٥٢.

(٣) القوانين الفقهية: ص٢٨٥، تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٢، منح الجليل: جـ٤ ص١٦١.

غير أنه إذا ظهر اللدد والتعنت من أحد الخصوم في غيابه جاز للقاضي النظر في الخصومة، وإن ظل غائباً، كما يجوز للقاضي أن يطلع على الخصومة إذا عرضها عليه المدعي، وإن كان خصمه غائباً، ليعرف وجهها، فإن وجدها صالحة للنظر فيها استدعى الخصم، وإن وجدها باطلةً ردها، واستراح من عناء النظر فيها، وذلك كأن يستبين من أقوال المدعي أنه يطلب ما هو محرم شرعاً كثمن خمرٍ أو خنزيرٍ ونحو ذلك، فيردها[1].

ولا يرد على هذا ما سيأتي في الفصل التالي من أن جمهور الفقهاء أجازوا القضاء على الغائب البعيد الغيبة، لأن هذا خلاف الأصل المذكور، ومشروط بشروط كثيرة، نذكرها بإذن اللّه عند الكلام عن القضاء على الغائب في الفصل القادم، على أنهم احتفظوا للغائب بحقّه في سماع دعوى خصمه وبينته إذا رجع، وجعلوا له بعد حضوره الحقّ في الطعن في أقوال خصمه وبينته، وإنما خرجوا على الأصل المتقدم عن غياب الخصم غيبةً بعيدةً، دفعاً لأشدّ الضررين، وهو ضياعُ الحقِّ لو طالت الغيبة، خصوصاً أن ضرر هذا الخروج عن الأصل يمكن الاحتياط له بما قرروه من حقّ الخصم في الطعن في بينة المدعي إذا رجع من غيابه.

والواقع أن هذا المبدأ من مقتضيات مبدأ المساواة بين الخصوم، لأن في السماع من أحدهما في غيبة الآخر تفضيلاً له عليه، وحرماناً للآخر من سماع أقوال خصمه والرد عليها والدفاع عن رأيه، غير أنه في كل مرةٍ يتعنت أحد الخصمين يحرم من مقتضيات هذا المبدأ، فيسمع من خصمه في غيابه، إذ لا يجوز أن يكون هذا المبدأ سلاحاً يستعمله أهل الباطل لأكل أموال النّاس وحقوقهم.

وأما عند أهل القانون: فقد نصّت المادة ١٦٨ من قانون المرافعات المصري الصادر في سنة ١٩٦٨م برقم ١٣ أنه (لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه، أو أن تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها، وإلا كان العمل باطلاً)، ولكن إذا دُعي أحد الخصوم إلى المحاكمة، ولم يمتثل

---

(١)تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٢، الطريقة المرضية: ص ٤٠، ٤١.

فيجوز مقاضاته غيابياً، لأن تعنته لا ينبغي أن يحول دون أخذ الحقّ منه.

وهكذا فإن مبدأ المواجهة في التشريع الوضعي للإجراءات يعني تمكين كلٍ من الخصمين من الاطلاع على المستندات والأوراق التي يقدمها خصمه، ومن سماع دفاعه، وذلك ليتسنى له مناقشة دفاع الخصم، فهذا المبدأ يرجع في حقيقته إلى مبدأ أعمّ وأشمل وهو مبدأ حرية الخصوم في الدفاع.

المطلب الرابع
في حرية الدفاع

من المقرر في الفقه الإسلامي أن لكل من طرفي الدعوى حقّ الأداء بحججه في مجلس القاضي من غير إساءة للقاضي أو للطرف الآخر، ولذلك نص الفقهاء على أنه ينبغي على القاضي أن يعطي كلاً من الخصمين الوقت الكافي لتحضير حججه أو دفوعه، أو إكمالها، فإذا ادعى المدعي أن معه بينة، ولكنها غير حاضرة، فطلب المهلة لإحضارها صحّ طلبه، ووجب تلبيته، وكذلك المدعى عليه إذا طلب إمهاله ليأتي بالوجه الذي يرد به على بينة خصمه، فيعطيه القاضي من الوقت ما يكفي لذلك، حسب اجتهاده وتقديره[1].

والحاصل أن القاضي مأمور بإتاحة الفرصة لكل من طرفي الدعوى لتقديم كل ما عنده من حجج وغيرها، حتى لا يكون لأحد منهما عذر بعد الحكم، فيكون ذلك- كما قال عمر بن الخطاب ﷺ- أجلى للعمى وأبلغ في العذر[2].

غير أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا المبدأ إعطاء الفرصة للمدعى عليه في التهرب من

(١) المبسوط: جـ١٦ ص٦٣. تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٧، الشرح الكبير: جـ٤ ص١٤٦، ١٤٧، والمغني لابن قدامة: جـ٩ص٨٩ ، المرافعات الشرعية – عبدالحكيم السبكي: ص١١٧.
(٢) انظر كلاماً مفيداً في ذلك في المبسوط: جـ١٦ ص٦٣.

إجابة دعوى المدعي، كأن يسكت أو يصرّ على عدم الإقرار والإنكار معاً، إذ بذلك لا يمكن معرفة وجه الحقّ والحكم به، ولذلك قال بعض الفقهاء: إن المدعى عليه إن لم يجب على دعوى المدعي بإقرارٍ أو إنكار حبس وأُدّب، فإن أصرّ على عدم الجواب حكم عليه بالحقّ، لأن الإصرار على ذلك في قوة الإقرار(1).

كما أن هذا المبدأ لا يقتضي إباحة المشاجرة والمشاتمة ونحوهما في مجلس القضاء، فإن فعل أحد المتنازعين ذلك زجره القاضي وعاقبه، وكذلك ليس لأحدهما قذف قاضيه بالظلم ونحوه، فإذا فعل عوقب أيضاً(2).

وإلى مثل هذا ذهب علماء المرافعات، فجعلوا هذا المبدأ من جملة الأُصول العامّة التي تحكم نظام التقاضي، وهو عندهم يقتضي تمكين المدعي من بسط ادعاءاته وتدعيمها بما لديه من أدلة، وتمكين المدعى عليه من شرح دفاعه، وتدعيمه بما لديه من أدلة أيضاً، وللمحكمة سلطة واسعة في تقدير اللازم لتطبيق هذا المبدأ(3).

المطلب الخامس
في اعتدال حال القاضي أثناء نظر الدعوى

ولما كان القاضي يشكل طرفاً مهماً في عملية التقاضي فقد اشترط الفقهاء أن تكون هذه العملية في وقت صفاء ذهنه ونفسه، واشترطوا عليه تجنب القضاء في الظروف التي تعكر صفو نفسه، فقالوا: ينبغي للقاضي إذا أراد الجلوس للقضاء أن يخرج وهو على أعدل الأحوال، لا جائع ولا عطشان، ولا كسلان، ولا غضبان(4).

---

(1) الشرح الكبير: حـ٤ ص١٥١.
(2)تبصرة الحكام: حـ١ ص٤٧، منح الجليل: حـ٤ ص١٤٩.
(3) أصول المرافعات - أحمد مسلم: ص٣٧٧.
(4) انظر: المبسوط: حـ١٦ ص٧٨، روضة القضاة - السمناني:ق١٥أ. تبصرة الحكام: حـ١ ص٣٥؛ شرح الخرشي وحاشية العدوي: حـ٧ ص١٥١. المنهاج ونهاية المحتاج: حـ٨ ص٩٤. المحلى لابن حزم: حـ٩ ص٣٦٥.

وأصل ذلك ما ورد عن أبي بكرة[١] أنه كتب إلى ابنه وهو في سجستان بأنه سمع رسول الله ﷺ يقول: (لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان)[٢].

وروى الإمام أحمد عن عروة بن محمد عن أبيه عن جده[٣] أن رسول اللّه ﷺ قال: (إذا استشاط السلطان تسلط الشيطان)[٤].

وقد كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي اللّه عنهما: (إياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة، فإن القضاء في مواطن الحقّ مما يوجب اللّه به الأجر، ويحسن به الذكر)[٥].

ومع أن النص وارد في النهي عن القضاء حالة الغضب إلا أن الفقهاء ألحقوا به كل ما يشغل النفس من الهم والنّعاس والعطش والتخمة والخوف والمرض وشدّة الحزن والسرور

---

(١) هو نفيع بن الحارث بن كلدة الثقفي، أبو بكرة كناه بها رسول اللّه ﷺ، روي عنه كثير من الأحاديث بعضها في الصحيحين، وممن روى عنه أولاده عبد الرحمن وعبيداللّه ومسلم وعبد العزيز وهو ممن اعتزل الجمل وصفين، مات سنة ٥١هـ - خلاصة التذهيب: ص٣٤٦.

(٢) انظر: صحيح البخاري بفتح الباري: جـ١٣ ص١١٧، صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٢ ص١٥، سنن أبي داود: جـ٣ ص٤١١، الجامع الصحيح: جـ٣ ص٦٢٠ وقال عنه الترمذي: حسن صحيح، سنن النسائي: جـ٨ ص٢٣٧، ٢٣٨، سنن ابن ماجة: جـ٢ ص٧٧٦، مسند الإمام أحمد: جـ١٥ ص٢١٤، السنن الكبرى: جـ١٠ ص١٠٥، بدائع المنن: جـ٢ ص ٢٣٢، أحكام الأحكام، لابن دقيق العيد: جـ٤ ص١٦٨، المنتقى لابن الجارود: ص٤٤٤، جامع مسانيد أبي حنيفة: جـ٢ ص٢٧٩، سبل السلام: جـ٤ ص١٦٣. سنن الدارقطني: جـ٤ ص٢٠٥ وقد رواه عن أمّ سلمة.

(٣) هو عروة بن محمد بن عطية السعدي أمير اليمن، قال ابن المديني: ولي اليمن عشرين سنةً، وكان من صالحي العمال، صرف عنها سنة ١٠٣هـ ولم يخرج منها إلا بسيفه ورمحه ومصحفه، وجده عطية بن عروة السعدي، صحابي نزل الشام. وأبوه محمد بن عطية بن عروة السعدي البلقاوي، وقد وثقه ابن حبان في رواية الحديث- خلاصة التذهيب في صفحات: ٢٢٤، ٢٢٧، ٢٩٠.

(٤) انظر: مسند الإمام أحمد: جـ١٥ ص٢١٤، وأخرجه الطبراني في الكبير، وأورده الحافظ السيوطي في الجامع الصغير ورمز له بالصحة، وقال عنه الهيثمي: في إسناده من لم أعرف -انظر: مجمع الزوائد: جـ٤ ص١٩٤، وبلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني: جـ١٥ ص٢١٤.

(٥) هذا جزء من كتاب عمر ﷺ في القضاء.

ومدافعة الأخبثين وغير ذلك[1]، وفي ذلك يقول ابن دقيق العيد[2]: (النص وارد في المنع من القضاء حالة الغضب. وذلك لِما يحصل للنفس بسببه من التشويش الموجب لاختلال النظر وعدم استيفائه على الوجه الصحيح. وعداه الفقهاء بهذا المعنى إلى كل ما يحصل به تشويش الفكر كالجوع والعطش، وهو قياس مظنّة على مظنّة، فإن كل واحد من الجوع والعطش مشوش للفكر، .. وكأن الغضب إنّما خص لشدّة استيلائه على النفس وصعوبة مقاومته[3] وعقب ابن حجر في «فتح الباري» على ما ذكر من قول ابن دقيق العيد - وهو قياس مظنّة على مظنّة- فقال: (وقول الشيخ: وهو قياس مظنّة على مظنّة، صحيح، وهو استنباط معنى دلّ عليه النص، فإنه لما نهى عن الحكم حالة الغضب فهم منه أن الحكم لا يكون إلا في حالة استقامة الفكر، فكانت علة النهي المعنى المشترك وهو تغير الفكر، والوصف بالغضب يسمّى علة، بمعنى أنه مشتمل عليه، فألحقّ به ما في معناه كالجائع، قال الشافعي في الأم: أكره للحاكم أن يحكم وهو جائع أو تعب أو مشغول القلب، فإن ذلك يغير القلب [4].

وقد استدل بعضهم على كراهة القضاء في حالة الجوع والعطش بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: (لا يقضي القاضي وهو شبعان ريان)[5]، ولكنه حديثٌ ضعيف. وعلى أية حال

---

(١) ويشبه ذلك ما قالوه من أنه لا ينبغي للقاضي أن يقضي وهو يمشي أو يسير على الدّابة لأنه عند ذلك لا يكون معتدل الحال، إذ يكون قلبه مشغولاً بما هو فيه من المشي أو السير، فلا يتفرغ إلى النظر في الحجج، ولأنه نوعٌ من الاستخفاف، فلا يصح، ولكنهم قالوا: لا بأس أن يقضي وهو متكيء، لأن التكاءة نوع جلسة، وطباع النّاس تختلف في ذلك، ومن النّاس من يعتدل حاله بذلك، فلا بأس به، وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه كان ينظر في الخصومة وهو متكيء أحياناً- انظر: المبسوط: جـ١٦ ص٨٣، شرح الخرشي: جـ٧ ص١٥١.

(٢) هو القاضي محمد بن علي بن وهب أبو الفتح تقي الدين القشيري (٦٢٥-٧٠٢هـ) من أكابر العلماء بالأصول، مجتهد، ولد في "ينبع" على ساحل البحر الأحمر، واصل أبيه من منفلوط، من تصانيفه، "أحكام الأحكام" و"الإلمام في أحاديث الأحكام" و"شرح الأربعين النووية" - الأعلام: جـ٧ ص١٧٣، ١٧٤.

(٣) أحكام الأحكام: جـ٤ ص١٦٨، ١٦٩.

(٤) فتح الباري: جـ١٣ ص١١٧.

(٥) رواه الدارقطني عن أبي سعيد الخدري -انظر سننه: جـ٤ ص٢٠٦، ورواه البيهقي في السنن الكبرى: جـ١٠ ص١٠٦ وقال عنه: تفرد به القاسم العمري وهو ضعيف، ومثل ذلك قال عنه الهيثمي في مجمع الزوائد: جـ٤ ص١٩٤.

فقد صح في الباب حديث النهي عن القضاء في حالة الغضب فيقاس عليه كل ما يؤثر في فكر القاضي وصفاء قلبه. وقد ورد عن رسول اللّه ﷺ أنه قال: (إذا نعس أحدكم في صلاته فليرقد، فلا يدري لعله يريد أن يدعو فيسب نفسه)[1]. وفي وجه دلالته على ما نحن فيه قال السرخسي: (ففيه أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن القيام بأعمال الصلاة مع النعاس، فكذلك القضاء، لأن كليهما عبادة يمنع من تمامها انشغال القلب والفكر، فيقاس على النعاس كل ما يدهش الفكر، ويشغل القلب)[2].

وهذا هو شأن قضاة العدل في جميع العصور الإسلامية الزاهرة، فقد كانوا يتجنبون القضاء بين الناس، والنظر في خصوماتهم في مثل تلك الأحوال، بل كانوا إذا شعر أحدهم بتغير نفسه إلى ما قد يؤدي إلى تعكيرها وتشويشها، امتنع عن القضاء حتى يعود إلى نفسه اطمئنانها وإلى قلبه وذهنه صفاؤهما. ومن ذلك ما رواه البيهقي[3] عن القاضي شُريح رحمه اللّه أنه كان إذا غضب أو جاع قام فلم يقضِ بين أحد[4].

وأما ما ورد من قضاء رسول اللّه ﷺ بين الزبير ورجلٍ من الأنصار في شراج الحرة وهو في حالة الغضب[5] فلا حجة فيه على رفع الكراهة عن غيره، لعصمته عليه الصلاة والسلام، فإنه لا يقول في الغضب إلا كما يقول في الرضا[6].

---

(١) رواه مالك والبخاري ومسلم عن عائشة ولفظه عندهم (إذا نعس أحدكم في صلاته فليرقد حتى يذهب عنه النوم، فإن أحدكم إذا صلى وهو ناعسٌ لا يدري لعل يذهب يستغفر فيسب نفسه)، ورواه أيضاً الترمذي وأبو داود والنسائي وابن ماجة بالفاظٍ قريبةٍ– انظر: الموطأ: ص٩٣ طبعة الشعب، وهداية الباري: ص٤٨، وصحيح مسلم بشرح النووي: جـ٦ ص٧٤، والترغيب والترهيب: جـ١ ص٤٤٤.

(٢) المبسوط: جـ١٦ ص٧٩.

(٣) هو الإمام أحمد بن الحسين البيهقي النيسابوري (٣٨٤-٤٥٨هـ): أحد أئمة المسلمين. فقية جليل وحافظ كبير، وهو من جبال العلم رحمه اللّه، له مؤلفات عظيمةٌ في نفعها، فريدةٌ في نوعها منها: "السنن الكبرى" في الحديث الشريف "الأسماء والصفات" وكتاب"الإعتقاد" و"دلائل النبوة" و"المبسوط" في نصوص الشافعي وغيرها. وهو شافعي المذهب – انظر طبقات الشافعية الكبرى: جـ٤ ص٨ طبع عيسى الحلبي، الطبعة الأولى.

(٤) السنن الكبرى: جـ١٠ ص١٠٦ .

(٥) تقدم ذكر هذه القصة بتمامها وتخريجها في ص ٤٧.

(٦) فتح الباري: جـ١٣ ص١١٧، سبل السلام: جـ٤ ص١٦٣.

هذا والظاهر من كلام الجمهور أنهم حملوا النهي عن القضاء في حال الغضب ونحوه على الكراهة، مع أن النهي ظاهر في التحريم، وهو ما ذهب إليه الصنعاني[1]، فقد قال في توجيه حملهم إياه على الكراهة واستبعاده وتقرير مذهبه في التحريم ما نصّه: (النهي ظاهر في التحريم وحمله الجمهور على الكراهة، وإنّما حملوه على الكراهة نظراً إلى العلة المستنبطة المناسبة لذلك، وهي أنه لما رتب النهي على الغضب، والغضب بنفسه، لا مناسبة فيه لمنع الحكم، وإنّما ذلك لِما هو مظنّةٌ لحصوله، وهو تشويش الفكر ومشغلة القلب عن استيفاء ما يجب من النظر، وحصول هذا قد يفضي إلى الخطأ عن الصواب، ولكنه غير مضطرد مع كل غضب، ومع كل إنسان، فإن أفضى الغضب إلى عدم تمييز الحقّ من الباطل فلا كلام في تحريمه، وإن لم يفضِ إلى هذا الحدّ، فأقل أحواله الكراهة) إلى أن قال: (ثم لا يخفى أن الظاهر في النهي التحريم وأن جعل العلة المستنبطة صارفة إلى الكراهة بعيد[2].

وظاهر الحديث أنه لا فرق بين مراتب الغضب ولا بين أسبابه، وفصل إمام الحرمين[3] والبغوي[4] فقيدا الكراهة بما إذا كان الغضب لغير الله، وعلل بأن الغضب لله يؤمن معه من التعدي والظلم، بخلاف الغضب لغيره، وقد استغرب الروياني[5] هذا التفصيل، واستبعد غيره

---

(١) هو محمد بن إسماعيل بن صلاح الحسني الكحلاني ثم الصنعاني أبو إبراهيم المعروف بالأمير (١٠٩٩-١١٨٢هـ): مجتهد من بيت الأمانة في اليمن، أُصيب بمحنٍ كثيرةٍ من الجهلاء والعوام، له نحو مائة مؤلف منها"سبل السلام شرح بلوغ المرام لابن حجر"في الحديث و"توضيح الأفكار" في مصطلح الحديث - انظر: الأعلام: جـ٤ ص٢٦٣.

(٢) سبل السلام: جـ٤ ص١٦٣،١٦٤، طبع صبيح.

(٣) هو الإمام شيخ الإسلام عبد الملك بن عبدالله بن يوسف الجويني النيسابوري: كان مولده سنة ٤١٩هـ وتوفى وهو ابن تسع وخمسين سنة، قال تاج الدين السبكي: ولا يشك ذو خبرة أنه كان أعلم أهل الأرض بالكلام والأصول والفقه وأكثرهم تحقيقاً، ومن تصانيفه: "النهاية" في الفقه و"الشامل في أصول الدين" و"البرهان" في أصول الفقه و"الورقات" فيه أيضاً، وغيرها - طبقات الشافعية الكبرى: جـ٥ ص١٦٥ وما بعدها، طبع عيسى الحلبي سنة ١٣٨٦هـ .

(٤) هو الحسين بن مسعود الفراء البغوي: كان إماماً جليلاً ورعاً زاهداً فقيهاً ومن مصنفاته : "التهذيب" و"شرح السنّة" و"المصابيح" والتفسير المسمى "معالم التنزيل" وله فتاوي مشهورة، توفى سنة ٥١٦هـ - طبقات الشافعية الكبرى: جـ٧ص٧٥، طبع عيسى الحلبي سنة ١٣٨٦هـ .

(٥) هو الإمام الجليل عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد أبو المحاسن الروياني (٤١٥-٥٠٢هـ): أحد أئمة المذهب الشافعي، ولي قضاء طبرستان، ورويان من قراها، ومن تصانيفه: "البحر" وهو وإن كان من =

لمخالفته لظاهر الحديث وللمعنى الذي لأجله نهي عن الحكم حال الغضب[1].

ولكن ما هو حكم القضاء مع الغضب ونحوه هل ينفذ أم لا؟

ذهب الجمهور إلى أن القاضي لو حكم في حال الغضب صحّ حكمه إن صادف الحقّ مع الكراهة، وذلك لأن النهي ليس لذات الغضب، وإنّما لوصف قد يؤدي إليه، وهو تشويش الفكر الذي قد يؤدي إلى الظلم، فإن صادف الحكم الصواب تبيَّنَ أن ذلك الوصف لم يتحقق[2].

وذهب بعض الحنابلة إلى عدم نفوذ الحكم مع الغضب، لأنه منهي عنه بنصّ الحديث الصحيح، ومقتضى النهي فساد المنهي عنه[3]. وقد رجح الصنعاني هذا الرأي فقال في "سبل السلام" :(ثم الظاهر أيضاً عدم نفوذ الحكم مع الغضب، إذا النهي يقتضي الفساد، والتفرقة بين النهي للذات والنهي للوصف كما يقوله الجمهور غير واضح)[4].

وما ذهب إليه الصنعاني وبعض الحنابلة أكثر احتياطاً مما ذهب إليه الجمهور، وأن تسدّ طريق الظّلم واجتناب مظان وقوع الخطأ في الحكم خيرٌ من الوقوع في الخطأ ثم محاولة رفعه وتصحيحه بعد ذلك.

هذا ولا يوجد في التشريع الوضعي مثيل ذلك المقرّر في الفقه الإسلامي مما يلزم القاضي بتجنب القضاء في مثل تلك الظروف والأحوال، مع أن مراعاة ما قرره الفقهاء المسلمون في هذا الصدّد يعتبر وسيلة مجدية لتحقيق نزاهة القاضي التي استهدفها التشريع الوضعي في كثير من نصوصه.

أوسع كتب المذهب الشافعي إلا أنه عبارة عن "جاوي" الماوردي مع فروع تلقاها عن أبيه وجده ومسائل أُخر، وله أيضاً "الفروق" و"الحلية" و"التجربة" و"المبتدأ" و"الكافي" وغير ذلك - طبقات الشافعية الكبرى: جـ٧ص١٩٣، طبع عيسى الحلبي سنة ١٣٨٦هـ .

(١) فتح الباري: جـ١٣ ص١١٧، سبل السلام: جـ٤ ص١٦٣، طبع صبيح.

(٢) فتح الباري: جـ١٣ ص١١٧، سبل السلام: جـ٤ ص١٦٣،١٦٤.

(٣) المغني لابن قدامة: جـ١١ ص٣٩٥ طبع مطبعة المنار سنة ١٣٤٨هـ، فتح الباري: جـ١٣ ص١١٧ .

(٤)سبل السلام: جـ٤ ص١٦٣،١٦٤.

المبحث الثاني
في
كيفية سير القاضي مع الخصوم

إن النظر في الدعوى يبتدئ من الوقت الذي ترفع فيه الدعوى إلى القاضي، فيصبح فيه مكلفاً بالفصل بين المتنازعين من غير أن يكون له الخيار في الامتناع عن ذلك، لأن الفصل في خصومات النّاس فرض على القاضي، لأنه إحقاقٌ للحقّ ورفعٌ للظّلم، ورفع الظلم واجبٌ على القاضي على الفور[1].

ومن المناسب قبل بدء الكلام عن كيفية سير القاضي مع الخصوم أن نقدّم ذلك بذكر الكيفية التي ترفع بها الدعوى، ثم نبحث بعد ذلك في مطلبين: الطريقة التي يتبعها القاضي في محاكمة الخصمين، والسلطة التي أعطاها المشرع للقاضي خلال نظر الدعوى في تسيير المحاكمة بين الخصوم.

كيفية رفع الدعوى:

الأصل في الفقه الإسلامي أن القاضي لا يستطيع البدء في نظر الدعوى ليصدر حكمه فيها إلا إذا جاء صاحب الشأن وطلب ذلك منه، ثم حضر الخصم المطالب، **وبذلك يكون لا بُدّ من تحقيق أمرين قبل أن يشرع القاضي في النظر في الدعوى هما:**

١- دعوة الخصم إلى التقاضي والحضور إلى مجلس القضاء، إذ مبدأ المساواة بين الخصوم

---

(١) انظر: المبسوط: جـ١٦ ص١١٠، قواعد الأحكام: جـ٢ ص٣٠، نهاية المحتاج: جـ٨ ص٨٠ .

يقتضي أن لا تنظر الدعوى إلا بحضور المتخاصمين معاً، وقد تقدّم ذكر ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل[1].

٢- الادعاء أمام القاضي بالحقّ المطلوب، إذ لا يجوز إصدار الحكم في حقّ العبد إلا بناءً على دعوى يطلب فيها حقّه، بخلاف حقّ اللّه، حيث يحكم به من غير حاجة إلى دعوى[2].

وبهذين الإجراءين يتم رفع الدعوى ويصبح القاضي ملزماً بنظرها وإصدار حكمه فيها، ولكنْ ما هو الإجراء الذي يجب أن يكون سابقاً منهما؟

الظاهرُ عند الفقهاء أن الذي يُريدُ أن يرفع الدعوى أن يتوجه إما إلى القاضي مباشرةً، يطلب منه أن يعديه على خصمه، وأن يأمره بالحضور إلى مجلسه من أجل مقاضاته، وإما أن يتوجه إلى خصمه يطلب منه الإتيان معه في موعدٍ يتفقان عليه إلى القاضي المختص، وذلك قبل إعلام القاضي بذلك.

غير أن دعوة المدعي لخصمه، وإن كانت واجبة التلبية ديانة في معظم الأحيان، إلا أنه لا يترتب على عدم الإجابة عليها جواز الحكم على الغائب، بخلاف دعوة القاضي، فإنه يجب تلبيتها ديانةً وقضاءً، حتى إذا امتنع المطلوب عن الإجابة جاز للقاضي أن يصدر حكمه عليه غيابياً، وهذا في حقّ المدعى عليه الحاضر في البلد، فإن كان غائباً عنها جاز عند الجمهور القضاء عليه مع غيابه بشروط ذكروها، وعند الحنفية لا يجوز، وعلى كل حال فإن من أجاز القضاء على الغائب في هذه الحالة جعل له إذا رجع حقّ دفع بينة المدعي ودعواه، وسيأتي

---

(١) انظر ص٤٥٤

(٢) وهذا الأصل مستفاد مما ذهب إليه الفقهاء من أن الدعوى لا تصحُّ إلا إذا رفعها خصمٌ له شأن على آخر له شأن أيضاً، كأن يكون أحدهما معتدى عليه في حقّه والآخر معتدياً، ولا يصحُّ النظر في قضيةٍ من القضايا حتى يطلب ذلك صاحبُ الحقّ المعتدى عليه، وهذا هو معنى قول الفقهاء أن المدعي لا يجبر على الخصومة، لأن الحقّ الذي اعتدي عليه يخصه ولا يخصُّ القاضي ولا غيره، والإنسان حرٌّ في المطالبة بحقّه أو التنازل عنه، وليس للقاضي إجباره على المطالبة، غير أن هذا مختصٌّ بحقوق العباد، وأما حقوقُ اللّه فإن للقاضي تحصيلها، بل هو مأمورٌ بذلك، ولو لم يتقدّم إليه أحدٌ بدعوى، لأن المسلم سواءٌ أكان قاضياً أم غيره مأمورٌ بحفظ حقوقِ اللّه ومكلفٌ بالأمر بالمعروف والنهي عن المُنكر.

تفصيلُ كل ما يتعلق بدعوة الخصم وحضوره وغيابه وما يترتب على ذلك في الفصل التالي من هذا الباب إن شاء اللّه تعالى.

وأما الأمر الثاني الذي يتم به رفع الدعوى فهو أن يبدي المدعي ما يطلبه من خصمه أمام القاضي، والأصل في ذلك أن يكون شفوياً، ويصحُّ أن يكون مكتوباً على صحيفةٍ يقدّمُها المدعي إلى القاضي يقرأُها على مسمعٍ منه ومن المدعى عليه إذا حضر، كما تصحُّ من الأخرس إشارته المعهودةُ إذا كان عاجزاً عن الكتابة.

وفي القوانين الوضعية الإجرائية:

لا يتم رفع الدعوى إلا بأمرين:

الأول: اتصال المدعي بالمحكمة المختصة.

الثاني: إعلام المدعى عليه بعزم المدعي على مخاصمته قضائياً، وتكليفه بالحضور أمام المحكمة.

وهذان أمران- كما يُرى- يشبهان في مضمونهما إلى حدٍ بعيدٍ ما ذكرناه في الفقه الإسلامي في هذه المسألة، وإن كان تطبيقهما عند أهل القانون يختلف عمّا تقدّم. ويعود هذا الاختلاف إلى تقدّم وسائل الحضارة من مواصلات وغيرها، فلم يعد يفرق بين البعيدِ والقريب، لسهولة وسائل الانتقال في عصرنا وسرعتها. كما أن التخصص في العمل أصبح سائداً في جميع الأعمال القضائية، وكان القاضي وأعوانه يقومون بجميع ما يقتضيه القضاء من إجراءات، مع أنهم كانوا يستعينون بالوالي، وما عنده من قوة الشرطة وغيرها إذا اقتضى الأمر قبل الحكم أو بعده ومن أجل تنفيذه. كما أن الكتابة أصبحت سائدةً أيضاً في مختلف الإجراءات القضائية، وكانت شفوية الإجراءات هي الأصل فيما مضى، وخصوصاً فيما يتعلق برفع الدعوى.

وأما الترتيب الذي يجب إتباعه على من يُريد الادعاء في الإجراءين السابقين، **فيختلف بين التشريعات:**

فمنها ما يوجب على المدعي الاتصال بالمدعى عليه لإعلانه وتكليفه بالحضور إلى المحكمة

المختصة، بواسطة الموظف المختص بذلك، وذلك قبل الاتصال بالمحكمة، الذي لا يصحُّ إلا بعد دعوة الخصم إلى الحضور وإعلانه بعزمه على مخاصمته.

ومنها ما يوجب عليه الاتصال بالمحكمة أولاً، من أجل دفع الرسوم المطلوبة[1]، وتحديد الجلسة التي سوف تنظر فيها الدعوى، ثم يحصل منها على إذن بتكليف خصمه بالمثول أمامها في الوقت الذي تحدده، ثم يقوم بإعلان خصمه عن طريق الموظف المختص بذلك، وفي الموعد المحدد لذلك.

ومنها ما يتخذ مسلكاً وسطاً بين المسلكين السابقين، فيوجبُ على المدعي أن يتصل بالمحكمة مرتين، يمهدُ في المرة الأولى لرفع الدعوى، بإبداء رغبته في طلب حقّه عن طريق القضاء، وتحدد فيها الجلسة التي سوف تنظر فيها الدعوى، ثم يقوم بعد ذلك بإعلان خصمه بالطرق القضائية المتبعة، ثم إذا صمم على المضي في دعواه اتصل ثانية بالمحكمة، وطلب قيد دعواه في جدول قضايا المحكمة للجلسة المحددة، ودفع الرسوم كاملة.

وهذا المسلك الأخير هو الذي اتبعه المشرع المصري في رفع الدعوى قبل عام ١٩٦٢م ثم عُدل عنه في القانون رقم ١٠٠ لعام ١٩٦٢، وسلك فيه المسلك الثاني الذي سبق ذكره، فأوجب على المدعي الاتصال بالمحكمة أولاً، على أن يؤكد عزمه على الدخول في خصومة قضائية مع المدعى عليه من بادئ الأمر، وكلفه بدفع الرسم كاملاً، وأوجب إجابة طلبه بقيد دعواه، وتحديد الجلسة التي سوف تنظر فيها الدعوى، هذا وقد أقر قانون المرافعات الجديد هذا الأسلوب[2].

ومهما كان الترتيب المتبع في الإجراءين السابقين، واللذين يتم بهما رفع الدعوى، فإنه لا

(١) يجدر بالذكر أن قبول الدعوى المرفوعة، لا يتوقف في الفقه الإسلامي على رسم يدفعه المدعي، ولا يُطلب منه ذلك، إذ الفصل في الخصومات بالنسبة للحاكم المسلم واجبٌ لا يسعه عدم القيام به، وهو مستمدٌ من الواجب المُلقى على عاتق ولي الأمر بالقيام بالولايات العامّة، ومنها القضاء بين الناس، فإنهم على ذلك بايعوه وقبلوه.

(٢) مادة ٦٣ من قانون المرافعات رقم ١٣/ لسنة ١٩٦٨.

خلاف في الوسائل التي ينبغي سلوكها في إنجازهما:

فأما اتصال المدعي بالمحكمة، فيكون عن طريق قيد دعواه لدى قلم الكتاب في المحكمة، على أن هذا لا ينبغي أن يستجيب لطلب المدعي بقيد دعواه إلا إذا قدّم دعواه في صحيفة، واستكمل فيها جميع البيانات المطلوبة[1]، وسدّد الرسم المطلوب عن دعواه والذي يقدر حسب قيمتها.

فإذا فعل المدعي ذلك قُيدت دعواه بالجدول العام للقضايا، وجُعل لها ملف خاص يحتوي على جميع الوثائق المطلوبة ومنها صحيفة الدعوى، ثم يُعطى المدعي إذناً بأن يقوم بإعلان خصمه المدعى عليه عن طريق قلم المحضرين.

وأما الوسيلة التي يتم بها علم المدعى عليه بالدعوى فهي إعلانه بالطريقة المنصوص عليها في قانون المرافعات، وسواءً جُعل الإعلان قبل قيد الدعوى أو بعده، فهو لا بُدّ أن يتم عن طريق الموظف المختص بذلك، ولا يجدي نفعاً إذا قام به المدعي أو وكيله أو أي شخص آخر ولو كان موظفاً عمومياً[2].

وللإعلان إجراءات ومواعيد محددة في قانون المرافعات، لا بُدّ من استيفائها، وإلا عُدّ الإعلان باطلاً ينبغي إعادته، ومعاقبة من تسبب في بطلانه من الموظفين.

فإذا تم رفع الدعوى، بتمام الإجراءين المتقدمين ترتب عليه آثار أهمها وجوب نظرها من قبل المحكمة[3]، وهنالك بعض الآثار الهامة رتبها المشرع على مجرد قيد الدعوى، ودفعها إلى الموظف المختص لإعلان المدعى عليه أهمها قطع التقادم[4].

---

(١) المادة السابقة .

(٢) شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٣٣٧، وانظر المادة السادسة من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

(٣) أصول المرافعات: ص٥٠٩.

(٤) المادة ٣٨٣ مدني، أصول المرافعات:ص٥٠٩، شرح قانون الإجراءات: ص٣٣٤.

المطلب الأول
في طريقة المحاكمة التي يتبعها القاضي بين الخصمين

إذا جلس القاضي للقضاء سار في نظر الخصومات بالترتيب، فيقدّم خصومة من جاء أولاً على من جاء بعده، ولا يقدّمُ واحداً على من جاء قبله لفضل منزلة أو سلطان، لقول رسول اللّه ﷺ: (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له)[1]. إلا أنه إذا كان في الخصوم غرباء، بأن خاصموا بعض أهل المصر، أو خاصم بعضهم بعضاً أو خاصمهم بعض أهل المصر، فإن القاضي يقدّمُ سماع خصومتهم على سماع خصومة أهل المصر، لأنه لا يمكنهم الانتظار، فكان تأخيرهم في الخصومة تضييعاً لحقهم، وهذا إن لم يكن عددهم كثيراً، بحيث يشتغل بهم القاضي عن أهل المصر، فلا يقدّمون في هذه الحالة، لأن الضرر لا يدفعُ بضررٍ مثله، أو أشدّ.

هذا وينبغي أن يقدم الرجال على حدة، والنساء على حدة، لِما في الخلط بينهم من الفتنة والقُبح، والأفضلُ أن يَجعل للنساء يوماً خاصاً بهنّ ينظر فيه خصوماتهنّ لأن ذلك أستر لهنّ[2].

ثم إذا جاء المدعي إلى مجلس القاضي لا يخلو: إما أن يكون معه خصمه الذي يدعي عليه حقاً من الحقوق، وإما أن يأتي منفرداً يطلبُ إعداءه على خصمه:

فأما إذا جاء منفرداً، فقد ذهب كثيرٌ من الفقهاء إلى أن للقاضي النظر في دعواه، لا من أجل إصدار حكمٍ فيها، وإنّما ليعرف وجه دعواه، فقد يطلب الشخص في دعواه ما ليس حقاً له، أو شيئاً لا شأن له به، أو شيئاً محرماً يمنع الشارع طلبه، أو يطلب شيئاً تافهاً يكون من الظُّلم إحضار الخصم لأجله، أو قل: قد تكون دعوى المدعي باطلةً لخللٍ جوهري فيها، ففي مثل هذه الحالات يرفضها القاضي مسبقاً، وقبل استدعائه للخصم المدعى عليه[3]،

---

(١) السنن الكبرى: جـ١٠ص١٣٩.

(٢) المبسوط: جـ١٦ ص٨٠، تبصرة الحكام: جـ١ ص٣٧، شرح الخرشي: جـ٧ ص١٥٣ .

(٣)تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٢ .

فيستريحُ من كثير العناء، ويريحُ الآخر من كثيرٍ من النفقات ووجوه الإزعاج.

وأما إذا حضر الخصمان معاً، أجلسهما القاضي بين يديه، وسوى بينهما في جميع أنواع المعاملة، ولم يجامل أحدهما دون الآخر، كما تقدّم في المبحث السابق. **ومتى أجلسهما القاضي على الصفة المذكورة لم يخلُ الحال من أحد أمرين:**

الأول:- أن يدعي المدعي، ويذكر دعواه على خصمه نفسه بدون استنطاق القاضي له.

الثاني:- أن يسكت هو والمدعى عليه.

فإن كان الأول نظر القاضي في الخصومة على نحو ما سيأتي قريباً، وإن كان الثاني فالراجحُ عند الفقهاء أن القاضي لا ينتظرُ المدعي حتى يتكلم بنفسه، وإنّما يبادرُ الخصمين بالسؤال عن المدعي وعمّا يدعيه على خصمه، وذلك لأن بعض الناس تلحقُهم المهابة في مجلس القضاء، فيحصرون عن الكلام[1].

ثم إذا قدّم المدعي دعواه نظر فيها القاضي، فإن وجدها ناقصةً في إحدى نواحيها الفرعية أمره القاضي بتصحيحها، ولم يبطلها، وقيل يجوز للقاضي أن يأمر رجلاً يعلم المدعي كيفية الخصومة إذا كان لا يقدر عليها ولا يُحسنُها[2].

فإن صححَ المدعي دعواه، أو كانت صحيحةً من الابتداء، سأل القاضي المدعى عليه عن جوابه عن دعوى خصمه المدعي، بعد أن يسمعه ما يقول، وقد تقدّم أن الراجح في معظم المذاهب الفقهية أن سؤال الجواب من المدعى عليه لا يتوقف على طلب المدعي، لأن من المعلوم عادةً أن الإنسان لا يحضر خصمه مجلس الحكم إلا لإرادة فصل الدعوى بينه وبين خصمه، وهذا لا يتم بدون سماع جواب المدعى عليه.

---

(١)المبسوط: جـ١٦ ص٧٨. قرة عيون الأخيار: جـ١ ص٤٠٠، حاشية الباجوري وشرح الغزي على متن الشيخ أبي شجاع: جـ٢ ص٣٨٨. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٤. جواهر الكلام: جـ٦ ص٣٣٦ .
(٢) البحر الرائق: جـ٧ ص٢٠٢.

وموقفُ المدعى عليه بعد ذلك لا يخلو من أحد ثلاثة أحوال:

١- فهو إما أن يقرّ بما ادعاه المدعي، فإن فعل ذلك كتب القاضي إقراره وأمر بإيفاء الحقّ الذي أقرّ به، لأن لزوم الحقّ عليه يترتب على إقراره، لا على حكم القاضي، وإنّما يأمره القاضي بتنفيذ ما اقتضاه إقراره. ولا يفيده بعد ذلك رجوعه، لأنه لا يقبلُ الإنكار بعد الإقرار، ولذلك قيل: لا عذر لِمن أقرّ[1].

٢- وأما أن ينكر دعوى المدعي، ففي هذه الحالة يتوجه القاضي بالسؤال إلى المدعي فيسأله إن كان معه بينةٌ أم لا؟ لِما ورد عن رسول اللّه ﷺ أنه قال للحضرمي عندما ادعى أرضاً على رجلٍ من كندة وأنكر خصمه: ألك بينة؟[2].

٣- والحالة الثالثة أن يسكت المدعى عليه،أو يقول: لا أقرُ ولا أُنكر، وقد اختلف فيها: فمن الفقهاء من اعتبر ذلك في حكم الإقرار إذا أصرّ عليه، ومنهم من اعتبره في حكم الإنكار، وسوف يأتي تفصيلُ ذلك في الفصل الثالث من هذا الباب إن شاء اللّه تعالى. وعلى أية حال فإن اعتبر إقراراً أُلزم صاحبه بمقتضاه، وإن إنكاراً سُئل المدعي ببينته.

ثم إن كان مع المدعي بيّنةٌ سمعها القاضي من غير أن يتدخل في تلقين الشهود شيئاً يؤدي إلى الإضرار بأحد الطرفين، وذهب كثيرٌ من الفقهاء إلى أنه لا بأس للقاضي بأن يعين الشهود بأسلوب لا ضرر فيه على أحد الخصوم كأن يقول: "أتشهد بكذا وكذا" لأن الشاهد قد يُحصر عن الكلام بسبب هيبة مجلس القضاء، فيشجعه القاضي على البدء بالكلام بمثل تلك الكلمات[3].

---

(١) شرح الغزي على متن أبي شجاع و حاشية الباجوري عليه: جـ٢ ص٣٨٨.
(٢) انظر هذه القضية بتمامها في صحيح مسلم بشرح النووي: جـ٣ ص١٥٨-١٦٢، ومصابيح السنّة: جـ٢ ص٥١.
(٣)المبسوط: جـ١٦ ص٨٧، بدائع الصنائع: جـ٧ ص١٠ طبع سنة ١٣٢٨هـ، الهداية وفتح القدير:جـ٥ ص٤٧٠، شرح الغزي على متن أبي شجاع وحاشية الباجوري: جـ٢ ص٣٨٩. ، المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٢.

وأما إذا لم يكن مع المدعي بيّنةٌ: فإن ادعى غيابها أُمر بإحضارها، بعد أن يُعطى مهلةً لذلك يقدرها القاضي، وإلا فيسأله إن كان يطلب يمين خصمه أو لا، ولا يجوز للقاضي أن يطلب اليمين من المدعى عليه إلا إذا طلب المدعي ذلك منه، ولو فعل كان هذا الإجراء باطلاً، لأن اليمين حقٌّ للمدعي فيطلبه بإختياره[1]. وأما إذا أراد المدعي تحليف خصمه بعد أن صرح أمام القاضي بوجود بيّنته، فله ذلك عند الشافعية وأبي يوسف من الحنفية في أحد القولين، وذلك سواءً أكانت حاضرةً معه في المجلس أم كانت في البلد أم غائبةً عنها، لأنه قد يفر إذا طُلب منه اليمين، فيستغني المدعي عن إقامة البيّنة، وإن حلف أقام المدعي بيّنته وأظهر كذب المدعى عليه، فله إذن في طلبه غرض صحيح، فيصحُّ[2]. وذهب معظم الحنفية والحنابلة في قول إلى أن المدعي ليس له تحليف خصمه إذا كان يصطحب بيّنته في مجلس القضاء، فإن كانت غائبةً قُبلَ منه ذلك[3].

ثم إذا حلف المدعى عليه خلى القاضي سبيله، لأنه لم يتوجه عليه حقّ[4].

التعجيل بالحكم:

وإذا سمع القاضي من الخصمين أقوالهما من حجج وجواب ودفوع وطعون ووضح الحقُّ أمامه، وجب عليه إصدار حكمه على الفور وإيصال الحقّ إلى صاحبه، ولا يجوز له تأخيره وإلا كان آثماً عند اللّه، لأنه إما أن يكون متعمداً في ذلك، وهذا عنوان الظُّلم وغايته، وإما أن يكون جاهلاً، فهو آثمٌ أيضاً، لأن الجهل بأُصول القضاء غير مغتفر، والأولى بمن لا يثق بنفسه في القيام بحقّ القضاء أن يهرب من توليه إن كان يخافُ اللّهَ، وقد هرب منه جبال في العلم والتقوى، وقد قال رسول اللّه ﷺ: (القضاة ثلاثة: اثنان في النّار، وواحدٌ في الجنّةِ:

---

(١) المهذب: جـ٢ ص٣٠١، شرح الغزي على متن أبي شجاع: جـ٢ ص٣٨٨. كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٨.
(٢) شرح المنهاج للمحلي: جـ٤ ص٣٠٥، نهاية المحتاج: جـ٨ ص١٠١، المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٩.
(٣) الأصول القضائية: ص٣٢٢. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٢٢٥، ٢٢٦.
(٤) كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٨.

رجلٌ عرف الحقّ فقضى به، فهو في الجنّة، ورجلٌ عرف الحقّ فلم يقضِ به، وجار في الحكم، فهو في النّار، ورجلٌ لم يعرف الحقّ، فقضى للناس على جهلٍ، فهو في النّار)[1]، وفي روايةٍ عند الحاكم زاد فيه:(قالوا: يا رسول اللّه! فما ذنبُ هذا الذي يجهل؟ قال:ذنبه أن لا يكون قاضياً حتى يعلم)[2]. ونسمعُ في أيامنا هذه بالقضية تمكثُ في المحاكم شهوراً، بل سنين، فتُؤجل المرَّةَ تلو المرة، ويتفنّنُ وكلاء الخصوم في إنتزاع قرارات التأجيل، ويوافقهم القضاة في ذلك، وما أكثر ما يترتبُ من المفاسد وضياع الحقوق على هذا، فكم من إنسانٍ ترك حقّه أو بعضه خوفاً من إضاعة ماله ووقته في التقاضي، وإن خير ما اطلعنا عليه مما يبين مفاسد تأخير الحكم وإيصال الحقوق إلى أصحابها ومخالفة ذلك لسنّة رسول اللّه ﷺ وفعل صحابته رضوان اللّه عليهم هو ما قاله الشيخ محمد الطّاهر بن عاشور في كتابه" مقاصد الشريعة الإسلامية" فقد قال: (وهو- أي التعجيل بإيصال الحقوق إلى أصحابها- مقصدٌ من السمو بمكانة، فإن الإبطاء بإيصال الحقّ إلى صاحبه عند تعينه بأكثر مما يستدعيه تتبع طريق ظهوره يثير مفاسد كثيرةً منها: حرمان صاحب الحقّ من الانتفاع بحقّه، وهو ضررٌ به، ومنها إقرار غير المستحق على الانتفاع بشيءٍ ليس له وهو ظالمٌ للمحقّ، وقد أشار إلى هذين قوله تعالى:﴿ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[البقرة:١٨٨]، ومنها استمرار المنازعة بين المحقّ والمحقوق، وفي ذلك حصول الإضطراب في الأمّة، فإن كان في الحق شبهةٌ للخصمين، ولم يتضح منهما المحقّ، والمحقوق، ففي الإبطاء مفسدة بقاء التردد في تعيين صاحب الحقّ، وقد يمتدُ النزاع بينهما في ترويج كل شبهته، وفي كلا الحالين تحصل مفسدة تعريض الأخوة الإسلامية للوهن والانخرام، ومنها تطرق التهمة إلى الحاكم في تريثه بأنه يُريد إملال المحق حتى يسأم متابعة حقّه، فيتركه فينتفع المحقوق ببقائه على ظلمه، فتزول حرمة القضاء من نفوس الناس، وزوال حرمته من النفوس مفسدةٌ عظيمةٌ) ثم قال: (فهذا تعليله من جهة المعنى والنظر، ووراء هذا أدلة من تصرفات الرسول ﷺ وأصحابه: ففي الآثار الصحيحة الكثيرة أن رسول اللّه ﷺ كان يقضي بين الخصوم، وفي مجلس المخاصمة الواحد، ولم يكن يرجئهم إلى

---

(١) سبق تخريجه في ص ٦٢.

(٢) انظر : نصب الراية: جـ٤ ص٦٥.

وقت آخر، كما قضى بين الزبير والأنصاري في ماء شـراج الحرة[1] -أرض تحيط بالمدينة- وكما قضى بين كعب بن مالك وعبدالله بن أبي حدرد بالصلح بينهما[2]، وكما قضى بين رجلٍ ووالد عسيفه-أي أجيره- بإبطال الصلح الواقع بينهما وكما جاء في ذلك الحديث أن رسول الله ﷺ قال لأنيس الأسلمي[3]: "واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها" فاعترفت فرجمها[4]، ولم يأمره أن يأتي بها إليه، وفي صحيح البخاري أن رسول الله ﷺ بعث أبا موسى الأشعري إلى اليمن قاضياً وأميراً، ثم أتبعه معاذ بن جبل، فلما بلغ معاذ وجد رجلاً موثقاً عند أبي موسى، فألقى أبو موسى لمعاذ وسادةً وقال له: إنزل، قال معاذ:ما هذا؟ قال: كان يهودياً فأسلم ثم تهود، قال معاذ: لا أجلس حتى يقتل قضاء الله تعالى ثلاث مرات، فأمر به أبو موسى فقُتل، وفي كتاب عمر لأبي موسى الأشعري: "فاقضِ إذا فهمت، وأنفذ إذا قضيت"[5]، فجعل القضاء بعد حصول الفهم، وأمر أيضاً بالتنفيذ عند حصول القضاء، وكل ذلك للتعجيل بإيصال الحقّ إلى صاحبه)[6] ثم قال: (وإنّما قلتُ فيما تقدم بأكثر مما يستدعيه تتبع طريق ظهور الحقّ لزيادة تقرير معنى قولي"إيصال الحق إلى صاحبه" للاحتراز عمّا يتوهمه كثيرٌ من الضعفاء في العلم، أو المرائين من ضعفاء القضاة من الاهتمام بالإكثار من إصدار الأقضية تفاخراً بكثرتها، في حين أنها لم يستوفَ فيها ما يجب استيفاؤه من طرق بيان الحقّ حتى يجدها متعقبها مختلة المبنى معرضةً للنقص فليس الإسراع بالفصل بين الخصمين وحده محموداً إذا لم يكن الفصل قاطعاً لعود المنازعة، ومقنعاً في ظهور كونه صواباً وعدلاً)[7] .

---

(١) سبق تخريج هذه القصة في ص٤٧.

(٢) انظر هذه القصة بتمامها وتخريجها في ص٢٠٤.

(٣) هو أحد الصحابة، وقال ابن حجر: جزم ابن حبان وابن عبد البر بأن أنيساً المذكور في الحديث الشريف هو أنيس بن الضحاك الأسلمي- انظر: الاصابة في تمييز الصحابة: جـ١ ص٧٦،٧٧.

(٤) تقديم تخريجه في ص٤٦.

(٥) سبق تخريج كتاب عمر إلى أبي موسى.

(٦) مقاصد الشريعة الإسلامية: ص٢١٩،٢٢٠،٢٢١ .

(٧)مقاصد الشريعة الإسلامية: ص٢٢١ .

وهذا إشارة إلى أن وجوب التعجيل بالحكم لا يكون إلابعد فهم القضية ووضوح الحقّ، والمحق من المبطل، والواقع أن الفقهاء ذكروا بعض الحالات التي يجوز فيها تأخير الحكم، ولكن بقدرٍ معقول، ولا يؤدي إلى ما تقدم ذكره من المفاسد، **وهذه الحالات هي:**-

أولاً: إذا كان القاضي يرجو صلحاً بين الخصوم:

فإن كان كذلك دعاهم إلى الصلح[1]، وذلك لأن اللّه سبحانه وتعالى ندب إلى الصلح في كثيرٍ من المواضع منها:

أ- فقد ندب إلى الصلح بين الطائفتين في الدماء فقال: ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى فَقَاتِلُواْ الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُواْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [الحجرات:٩] .

ب- وندب الزوجين إلى الصلح عند التنازع في حقوقهما، فقال: ﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلاَ جُنَاْحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ اللّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيراً﴾[النساء:١٢٨]، قال السرخسي عن معنى قوله تعالى: «والصلح خير»: (وهذا دليل النهاية في الخيرية)[2] ، أي أن حل المشاكل وفصل الخصومات بالصلح خيرٌ من فصلها بأية وسيلةٍ أُخرى.

جـ -وقال تعالى: ﴿ لاَّ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاَحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتَغَاءَ مَرْضَاتِ اللّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْراً عَظِيماً﴾ [النساء:١١٤] فجعل سبحانه الإصلاح بين الناس من موجبات الأجر والثواب.

---

(١)المبسوط: جـ١٦ ص٦١، الشرح الكبير: جـ٤ ص١٥٢، منح الجليل:جـ٤ ص١٨٣، متن أبي شجاع وشرحه للغزي، وحاشية الباجوري: جـ٢ ص٣٨٩ ، المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٥٣. أعلام الموقعين: جـ١ ص١٠٧، جواهر الكلام:جـ٦ ص٣٣٦، الماده ١٨٢٦ من مجلة الأحكام العدلية.
(٢)المبسوط: جـ١٦ ص٦١.

ومن جهةٍ أُخرى كان الإصلاح بين الناس سنّة رسول اللّه ﷺ ومن ذلك:

أنه لما تنازع كعب بن مالك وعبداللّه بن أبي حدرد في دين كان على ابـن أبـي حـدرد، أصلح رسول اللّه ﷺ بينهما بأن استوضع من دين كعب الشطر، وأوجب على غريمـه قضـاء الشطر الباقي[1].

وكذلك عندما تنازع عنده رجلان في مواريث لهما قـال لهمـا ﷺ: (إذهبـا فاقتسـما ثـم توخيا الحقّ ثم استهما، ثم ليحلل كلّ منكما صاحبه)[2].

وورد عن عمر بن الخطاب ﷺ أنـه قـال: (ردّوا الخصـوم حتـى يصطلحـوا، فـإن فصـل القضـاء يحـدث بـين القـوم الضغـائن)، وفي روايـةٍ أُخرى قـــال: (ردّوا الخصـــوم لعلهـم أن يصطلحوا، فإنه آثر للصدق، وأقل للخيانة)، وفي روايةٍ ثالثةٍ قـال: (ردّوا الخصـوم إذا كـانت بينهم قرابة، فإن فصل القضاء يورث بينهم الشنآن)[3].

ومن جهة النظر فإن الصلح بين الخصوم أقرب لتأليف نفوسهم وصفائها، وفصل القضـاء يؤكد العداوة بينهم.

غير أن القاضي لا ينبغي أن يدعو إلى الصلح في حالة ظهور وجه الحقّ بالبيّنـة أو الإقـرار إلا إذا رأى لذلك سبباً قوياً، كما إذا كان المتنازعان من ذوي الفضل أو الرحم، أو ظـنّ أنـه لو قضى بين الخصمين تفاقم الأمر بينهما، وأدى ذلك إلى مفسدةٍ عظيمةٍ[4].

والواقع أن الدعوة إلى الصلح عندما يبين وجه الحقّ كأن يقر الخصـم أو تقـوم عليـه البيّنة الصادقة هي دعوة إلى ظلم أحد الخصمين، لأن الأمر قد وضح، والحـقّ قـد ظهـر في مقـداره

---

(١) انظر تخريج هذه القصة في ص٢٠٤.

(٢) سبق تخريجه في ص٤٣.

(٣) ذكر هذه الروايات ابن القيم من طريق مسعر عن ازهر عن محارب عن عمر- انظر اعلام الموقعين:جـ١ ص١٠٨.

(٤) مرآة المجلة: جـ٢ ص٥٢٣، الشرح الكبير: جـ٤ ص١٥٨، منح الجليل:جـ٤ ص١٨٣، المغني لابن قدامـة: جـ٩ ص٥٢، ٥٣.

وسببه وأوصافه، والصلح والحال هذه إما أن يؤدي إلى انتقاص ما ظهر من الحقّ بالبيّنة، وإما أن يؤدي إلى زيادته، وكلاهما إما ظلم للمدعي، وإما ظلم للمدعى عليه، فيكون هذا من الصلح الجائر، وهو ما لم يقره الشارع، وإنّما أمر اللّه سبحانه وتعالى بالصلح العادل فقال: ﴿فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُواْ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [الحجرات:٩]، ورسول اللّه ﷺ يقول: (الصلح جائزٌ بين المسلمين، إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)[١]، والصلح الجائر يؤدي إلى تحريم الحلال واستحلال الحرام، وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية: (والصلح العادل هو الذي أمر اللّه به ورسوله ﷺ، والصلح الجائر هو الظُّلمُ بعينه وكثيرٌ من الناس لا يعتمد العدل في الصلح بل يصلح صلحاً ظالماً جائراً، فيصالح بين الغريمين على دون الطفيف من حقّ أحدهما) إلى أن قال: (وقد أمر اللّه سبحانه بالإصلاح بين الطائفتين المقتتلتين أولاً، فإن بغت إحداهما على الأُخرى فحينئذٍ أمر بقتال الباغيةِ، لا بالصلح، فإنها ظالمةٌ، ففي الإصلاح مع ظلمها هضم لحقّ الطائفة المظلومة، وكثيرٌ من الظلمة المصلحين يصلح بين القادر الظالم والخصم الضعيف المظلوم بما يرضى به القادر صاحب الجاه، ويكون له فيه الحظ، ويكون الإغماض والحيف فيه على الضعيف ويظنّ أنه قد أصلح، ولا يمكّن المظلوم من أخذ حقّه، وهذا ظلمٌ)[٢].

هذا وحكم الصلح الندب إلا إذا خشي القاضي بحكمه تفاقم الأمر بين الخصمين، فإنه يكون واجباً عند ذلك، وذلك سداً لباب الفتنة[٣].

ثم إن الصلح الذي يندب للقاضي أن يدعو الخصمين إليه يكون فيما يتأتى فيه ذلك من حقوق العباد، فلا يصحُ طلبه من الخصمين في نحو طلاق[٤]. وأما حقّ اللّه فلا مدخل للصلح فيه، كالحدود والزكوات والكفارات ونحوها، وإنّما الصلح-كما يقول ابن القيم- بين العبد

---

(١) ذكره ابن القيم في هذا المقام، رواه الترمذي وغيره من حديث عمر بن عوف المزني، وقال عنه الترمذي هذا حديث صحيح - انظر اعلام الموقعين:جـ١ ص١٠٧.

(٢) اعلام الموقعين:جـ١ ص١٠٨،١٠٩.

(٣) الشرح الكبير: جـ٤ ص١٥٢.

(٤) تبصرة الحكام:جـ٤ ص٣٠ طبع سنة ١٣٠١هـ.

وبين ربه في إقامتها، لا في إهمالها ولهـذا لا يقبـل بـالحدود، وإذا بلغـت السـلطان فلعـن اللّـه الشافع والمشفع[1].

هذا ومع أنه يندب للقاضي دعوة الخصوم إلى الصلح، إلا أنـه يجـوز لـه أن يضغـط علـى أحدهما من أجل أن يرضخ له، ولا أن يطيل أمد التقـاضي مـن أجله وفي ذلـك يـروى عـن الإمام مالك ﷺ أنه قال: (ولا أرى للوالي أن يلح علـى الخصمين أو يعـرض عـن خصومتـه لأجل أن يصالح)، وذهب بعضهم إلى أنه لا يجوز للقاضي أن يرد الخصوم أكثر من مرتين من أجل أن يصطلحوا، وذهب آخرون إلى أن ذلك يعودُ إلى تقدير القـاضي، وروي عـن بعـض قضاة المالكية أنهم كانوا يطيلون في الحكم الملبس رجاء أن يصطلح أهله، ويقولون: إذا طـال الأمد على صاحب الباطل ترك طلبه ورضي باليسير[2].

ثانياً: إذا طلب أحد الخصوم الإمهال لإحضار حجّة غائبة أو دفع:

فيقدر له القاضي أجلاً يتناسب مع مطلبه[3]، وفي ذلك يقـول عمـر بـن الخطـاب ﷺ في كتاب القضاء: (ومن ادعى حقاً غائباً أو بيّنةً فاضرب له أمداً ينتهـي إليـه، فـإن بيّنـه أعطيتـه بحقّـه، وإن أعجـزه ذلـك استحللت عليـه القضيـة، فـإن ذلـك هـو أبلـغُ في العـذر وأجلـى للعمى)[4]، وقال السُرخسي في شرحه: (فيه دليلٌ على أن القاضي عليه أن يمهـل كـل واحـدٍ من الخصمين بقدر ما يتمكن من إقامة الحجّة فيه، حتى إذا قال المدعي: بينتي حـاضرةٌ أمهلـه ليأتي بهم، فربما لم يأتِ بهم في المجلس الأول بناءً علـى أن الخصـم لا ينكـر حقـه لوضوحـه، فيحتاج إلى مدةٍ ليأتي بهم، وبعدما أقام البينة إذا ادعـى الخصـم الدفع أمهله القـاضي ليـأتي بدفعه، فإنه مأمورٌ بالتسوية بينهما، في عدله، وليكن إمهاله على وجه لا يضـرُّ بخصمـه، فـإن

---

(١) اعلام الموقعين:جـ١ ص١٠٨.
(٢) تبصرة الحكام:جـ٤ ص٣٩، منح الجليل:جـ٤ ص١٨٤.
(٣) المبسوط: جـ١٦ ص٦٣، تهذيب الفروق: جـ٤ ص١٢٩،١٣٠، تبصرة الحكـام:جـ١ ص٢٨، المهـذب: جـ٢ ص٣٠٢، المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٩. اعلام الموقعين:جـ١ ص١١٠.
(٤) سبق تخريجه في ص٣٥.

الاستعجال إضرار بمدعي الدفع، وفي تطويل مدة إمهاله إضرارٌ بمن أثبت حقه، وخير الأمور أوسطها)، ثم قال في شرح قول عمر: «فإن ذلك أبلغُ في العذر وأجلى للعمى» مّا نصّه: (لأنه إذا وجه القضاء عليه بعدما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكراً له ساكتاً، وإذا لم يمهله انصرف شاكياً منه يقول: مال إلى خصمي ولم يستمع حجتي، ولم يمكني من إثبات الدفع عنده)(1).

وهكذا فإن تلبية طلب أحد الخصوم إمهاله لأجل إحضار البيّنة أو الدفع(2)، من تمام العدل الذي أُمر به القاضي، والأرجح أن تقدير الأمد اللازم يعود إلى القاضي، يقدره حسب الحاجة(3)، وقيل لا يعطيه أكثر من ثلاثة أيامٍ، لأن ما يزيد عليها يعتبر مدةً كثيرةً، فلا يجوز تأخير الحكم إليها(4).

فإذا طلب أحد الخصوم مهلةً أمهلة القاضي، ولم يتوقف ذلك على رضى الخصم الآخر، لأن هذا حقّه فيأخذه بطلبه(5).

ولكن لا ينبغي للقاضي أن يعطي أحد الخصوم مهلةً إذا ظهر عناده، وبان مقصده في التهرب من الحكم والمطل في أداء الحقّ الذي عليه(6).

ثالثاً: إذا اشتبه الأمر على القاضي: أو وقع في نفسه ارتيابٌ فيما أبداه أحد الخصوم من حججٍ، وكانت الشبهة قويةً، فله تأخير الحكم، ليبحث عن الحقّ، ويوالي الكشف، فيجتهد في ذلك بحسب قدرته حتى يتبيّن حقيقة الأمر في تلك الدعوى أو تنتفي

---

(1) المبسوط: جـ١٦ ص٦٣.
(2) ومثل ذلك ما لو طلب المدعى عليه إمهاله ليحدد جوابه عن الدعوى، كأن يقول: اريد أن انظر في الحساب، ونحوه، فيمهل على قدر ما يراه القاضي لازماً لذلك - انظر: المهذب: جـ ٢ ص٣٠٢ .
(3)المبسوط: جـ١٦ ص٦٣، اعلام الموقعين:جـ١ ص١١٠.
(4) تبصرة الحكام:جـ١ ص٤٧، المهذب: جـ ٢ ص٣٠٢ .
(5)تبصرة الحكام:جـ١ ص٤٧.
(6)اعلام الموقعين:جـ١ ص١١٠.

الشبهة[1]، ومثل ذلك إذا ارتاب في الشهود، كما إذا شهدوا، ثم قال أحدهم قبل القضاء: (أستغفر اللّه، كذبت في شهادتي)، فسمعه القاضي بلا تعين شخص من الشهود، فسألهم عن ذلك، فقالوا: كُلنا على شهادتنا، جاز له أن يؤجل الحكم، حتى ينظر في ذلك[2].

وإنّما جاز ذلك للقاضي، بل رُبما لزمه، لأنه مأمور بفهم القضية قبل إصدار الحكم فيها، وممنوعٌ من المجازفة، خصوصاً فيما لا نصّ فيه من الحوادث، وهو ما أكده عمر بن الخطاب ﷺ في رسالته إلى أبي موسى الأشعري ﷺ، حيث قال: (فافهم إذا أُدلي إليك)، ثم أكد ذلك مرةً أُخرى بقوله: (الفهم، الفهم فيما يتلجلج في صدرك مما ليس في كتاب أو سنّة)، والفهم هو بذل المجهود لإصابة الحقّ، ولذلك قال بعض علماء المالكية: (لا يقضي القاضي حتى لا يشك أن قد فهم، فأما أن يظنّ قد فهم ويخاف أن لا يكون فهم لما يجد من الحيرة، فلا ينبغي أن يقضي بينهما وهو يجد ذلك)[3].

والفهم المطلوب من القاضي يتعلق بأمرين: الأول-الواقع الموجود أمامه، والمطلوب منه الحكم فيه، والثاني- الواجب في الواقع، وهو حكم اللّه المنصوص عليه في كتابه أو على لسان رسوله الذي ينطبق على الحادثة الموجودة عنده، فلا ينبغي أن يقضي قبل فهم الواقع والواجب فيه، فإن فهم ذلك كله طبق الواجب من حكم اللّه على الواقعة الخاصة التي ينظرها[4].

الاعذار عند المالكية:

وإذا فعل القاضي كل ذلك، ووضحت أمامه الحجج، وأعطى كل واحدٍ من الخصوم حقوقه المشروعة في التقاضي، كالإمهال وغيره، فهل يصدر حكمه ويأمر بتنفيذه، أم يطلب

---

(١) تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٧، ٤٨. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٥٢،٥٣ .
(٢) المرافعات الشرعية- عبد الحكيم بن محمد السبكي: ص١١٧.
(٣)تبصرة الحكام: جـ١ ص٢٨ طبع سنة ١٣٠١هـ.
(٤) اعلام الموقعين: جـ١ص٨٧.

منه أي شيءٍ آخر قبل ذلك؟

الظاهر أن الفقهاء يوجبون على القاضي بعد كل ذلك أن يصدر حكمه، ويأمر بتنفيذه. غير أن المالكية يذكرون في هذا المقام-أي بعد القيام بجميع إجراءات التقاضي وقبل الحكم مباشرةً- شرطاً للحكم لا يصحُّ إلا به، وهو أن يعذر القاضي من قامت عليه البيّنةُ وتوجه عليه موجب الحكم، وذلك بأن يسأله إن بقيت عنده حجّةٌ يقولها أو دفعٌ يقدمه أو أي عذرٍ قد يؤثر في نتيجة المحاكمة، وهذا هو ما يسمّى عندهم بالإعذار[1]، وفيما يلي نفصل ما قالوه فيه:

معنى الإعذار:

يقصد بالإعذار قطع العذر وإزالته، وليس المراد: إثبات العذر والحجة، فهو كقولك: أعجمتُ الكتاب، أي أزلتُ عجمته بالنقط، وكقولك: شكا إلي زيدٌ فأشكيته، أزلت شكايته، ومنه قولهم: (قد أعذر من أنذر) أي قد بالغ في الإعذار من تقدم إليك فأنذرك)[2].

وهو في اصطلاح فقهاء المالكية: سؤال من توجه عليه موجب الحكم هل له ما يسقطه[3]، وفي تفسيره قال الإمام مالك ﷺ: (وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتيهما، وفهم القاضي عنهما، وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما: أبقيت لكما حجةٌ؟ فإن قالا: لا، حكم بينهما، ثم لا يقبل منهما حجةً بعد إنفاذ القضاء، وإن قال: نعم بقيت لي حجّةٌ أنظره القاضي، ولم يزل على حجته عند ذلك القاضي وعند غيره مع بقاء ولايته وبعدها، وينظر له في ذلك القاضي ومن ولي بعده، وهذا ما لم يظهر لدده)[4]. وهكذا فإن

---

(١) يذكر الشافعية نحو ما ذكره المالكية من الاعذار، إلا أنهم لم يقولوا بلزومه على القاضي، بحيث لو تركه لا يبطل قضاؤه، فهو من قبيل المستحب فعله للقاضي، بخلاف المالكية، فإنه شرط لصحة الحكم عندهم كما سيأتي في المتن- انظر الأم: جـ٦ ص٢٢٤، طبعة مصورة عن طبعة بولاق سنة ١٣٢١هـ.

(٢) انظر: أساس البلاغة: ص٦١٨، تبصرة الحكام:جـ١ ص١٦٦، وتهذيب الفروق: جـ ٤ ص١٢٩ ، وحاشية الدسوقي: جـ٤ ص١٤٨ .

(٣) منح الجليل: جـ١٤ص١٧٧.

(٤) تبصرة الحكام:جـ١ ص١٦٦ .

الإعذار يعتبر سبيلاً لقطع خط الرجعة على المحكوم عليه، سواءً أكان مدعياً أم مدعىً عليه، فيمنعه القاضي بعد إعذاره من كلِّ حجةٍ يقدمها بعد ذلك، إلا في حالات إستثنائية سيأتي ذكرها قريباً، وبهذا لا يفهم من الإعذار وجوب إمهال أحد الخصوم، وإنّما هو كلامٌ يوجه من القاضي إلى من توجب عليه الحكم، يقصد به قطع عذره، فقد يعترف هذا بعدم الحجة والعذر فور توجيه الإعذار إليه، فإن طلب إمهاله لإحضار حجته أو النظر في حاله، فهذا أمر آخر قد يترتب على الإعذار، فيقدره القاضي حسب الوقائع المختلفة.

مشروعيته:

واستدل فقهاء المالكية على مشروعيته بنصوص كثيرةٍ في القرآن الكريم ترتب وقوع العذاب والعقاب علىعدم الإتيان بعذر فيما ارتكب من معصية، وذلك كقوله تعالى في قصة الهدهد:﴿ لَأُعَذِّبَنَّهُ عَذَاباً شَدِيداً أَوْ لأَذْبَحَنَّهُ أَوْ لَيَأْتِيَنِّي بِسُلْطَانٍ مُبِينٍ﴾ [النّمل:٢١] وكقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ [الإسراء:١٥] وكقوله تعالى: ﴿ وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِن قَبْلِهِ لَقَالُواْ رَبَّنَا لَوْلا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولاً فَنَتَّبِعَ ءَايَاتِكَ مِن قَبْلِ أَن نَّذِلَّ وَنَخْزَى﴾[طه:١٣٤] وقوله تعالى:﴿ رُّسُلاً مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزاً حَكِيماً﴾ [النّساء:١٦٥] فهذه الآيات تشير إلى أن العذاب لا يكون إلا بعد قطع العذر والحجة، فكذلك الحكم لا يصحُّ إلا بعد قطع العذر، لأن فيه نوع عقاب[1].

حكمه:

وذهبوا إلى أن الإعذار واجب مُلقى على عاتق القاضي، بحيث يكون التقصير فيه سبباً في بطلان الحكم الذي يصدره، ولكنهم استثنوا من ذلك ما لو غلب على ظنّ القاضي أن من

(١) تبصرة الحكام:جـ١ ص١٦٦، تهذيب الفروق: جـ ٤ ص١٢٩.

يراد الحكم عليه عالم بحقه في الطعن والإعتذار، فإنه لا يكون واجباً عندئذٍ[1].

وقته:

والإعذار لايكون إلا بعد استيفاء الشروط المطلوبة في مختلف إجراءات الدعوى، وتمام النظر فيها، والتأكد من ذلك، فالإعذار في شيءٍ ناقص لا يفيدُ شيئاً[2]، إذ يكون في هذه الحالة عذر أحدهما واضحاً أمام ناظري القاضي، ألا وهو نقصان أحد الشروط أو عدم اكتمال النظر في الدعوى، فإن في ذلك الحجة الكافية والعذر المقبول في طلب إبطال الحكم، حتى ولو حصل الإعذار، إذ لا يكون حاصلاً في وقته.

فإذا اكتملت الشروط، واستوفى القاضي النظر في الدعوى، فهل يعذر قبل إصدار الحكم أم بعده؟

الذي عليه العمل عند المالكية أنه لا يحكم على أحد إلا بعد إعذاره، فيكون الإعذار عندهم شرطاً في صحة الحكم، وهنالك قول ضعيف يجعله بعد إصدار الحكم، فيكون شرطاً في تنفيذه[3]. وأرجحية القول الأول ظاهرةٌ بأدنى تأمل، فإن الإعذار على القول الضعيف إما أن يُجعل بعد الحكم وقبل تنفيذه، وإما أن يُجعل بعد تنفيذ الحكم، والسبيل الثاني ضرره أكثر من نفعه، لأن من أُعذر قد يأتي بعذره في وقت يكون المحكوم له قد تصرف بالمحكوم به، فيؤدي ذلك إلى تعقيد النتائج ومنازعات جديدة، ورُبما أحكام جديدة. ويبقى أن يُجعل الإعذار بعد الحكم وقبل التنفيذ، وهذا السبيل يقتضي وقف تنفيذ الحكم الصادر إلى أن ينتهي الأجل المضروب للمحكوم عليه، فلا يكون فيه فائدة، وخصوصاً أن من أعذره القاضي ينبغي أن يرجع إلى مجلس القاضي ليحكم بنتيجة الإعذار وقد يقدم المحكوم عليه عذراً مقبولاً فيؤدي ذلك إلى نقض الحكم السابق، وبذا لا يكون في هذا السبيل نفعٌ كبيرٌ،

---

(١) الشرح الكبير: جـ٤ ص١٤٨، حاشية الأمير: جـ٢ ص٣١٨، حاشية الدسوقي: ج٤ ص١٤٨.
(٢) تبصرة الحكام: جـ١ ص١٦٧، تهذيب الفروق: جـ ٤ ص١٢٨.
(٣) تهذيب الفروق: جـ ٤ ص١٢٨.

بل ضرره أكثر من نفعه. وهكذا فإن خير وقتٍ يشرعُ فيه الإعذار هو الوقت الذي تستوفى قبله جميع الشروط، ويتم النظر فيها، فيسبق الحكم الذي يصدره القاضي في القضية.

محله:

الأصل: أن كل من قامت عليه بيّنةٌ بحقٍّ من الحقوق في المعاملات، أو بسبب إفساد، أو غصب، أوتعد، فلا بُدّ من الإعذار إليه قبل الحكم عليه. ولا ينبغي أن يظنّ بإن الإعذار لا يتوجه إلا إلى المدعى عليه، وإنّما ينبغي توجيهه إلى من قامت البيّنةُ ضده، وهذه قد تقوم ضد المدعى عليه، إذا كان المقصود بها إثبات الدعوى الأصلية، وقد تقوم ضد المدعي، إذا كان المقصود بها إثبات دفع وجهه المدعى عليه للدعوى الأصلية.

والظاهر مما ذكره فقهاء المالكية في كُتبهم، أن الإعذار إنّما ينبغي توجيهه إلى المحكوم عليه من أجل أن يبدي طعناً في البيّنة (وهي الشهود) التي اعتمد عليها خصمه[1]. ونرى أنه لا مانع من تعميم الهدف الذي يقصد من الإعذار، بحيث يكون هو الطعن في كل ما قدّمه الطرف الآخر من حججٍ شرعية بما فيها البيّنة بمعناها الخاص، فيكون له الحق إذا ما أُعذر أن يطعن فيما يقدّمه خصمه من سند، أو ما يعتمدُ عليه من قرينة، أو نحو ذلك، وعلى أية حال، فإن أظهر حجّةٍ وأقواها عملياً هي شهادة الشهود، ولذلك فإن مجال الإعذار الأوسع من الناحية العملية هو الطعن فيها.

وإذا كان المقصود بالإعذار قطع العذر لمن توجب عليه الحكم، وسد طريق المماطلة عليه، لذلك قالوا بأن الإعذار لا يوجه لمن كانت حالته تدلُّ بوضوح على عدم وجود العذر له، إذ يكون إعذاره في مثل هذه الحالة من قبيل العبث، وبناءً عليه فرق الفقهاء بين حالات يُعذر فيها من توجهت ضده البيّنة، وحالاتٍ أُخرى لا يُعذر فيها، لضعفِ احتمال وجود مهرب له مما ثبت عليه.

---

(١) تبصرة الحكام:جـ١ ص١٧٠ .

وأما الحالات التي يجب فيها على القاضي إعذار من توجهت ضده البيّنة فثلاث:

أولاً- يُعذر كل من قامت عليه بيّنةٌ بحقٍ من الحقوق في معاملةٍ أو نحوها، كمن قامت عليه البيّنة بترتب دينٍ في ذمته، أو تعلق حقٍ لغيره في يده أوغير ذلك[1].

ثانياً- كما يُعذر كل من قامت عليه بيّنةٌ بفساد أو غصب أو تعدٍ، بشرط أن لا يكون مشهوراً بفساده، ولا بزندقته[2].

ثالثاً- يُعذر كل من قامت عليه بيّنةٌ، في الأسباب الشرعية القديمة أو الحديثة، كنكاحٍ أو موتٍ، وفي الوقف إذا كان قديماً، أو أحد الزوجين تقوم عليه البيّنة بإضرار زوجه، وغير ذلك. ويشترط في هذه الحالة أن لا تكون البيّنةُ مستفيضةً[3].

وأما الحالات التي لا يُعذر فيها من قامت ضده البيّنةٌ، **فقد اتفقوا على بعضها، واختلفوا في البعض الآخر ومنها:**

أولاً- فاتفقوا على أنه لا يُعذر من قامت عليه البيّنةٌ بفسادٍ أو غصبٍ أو تعدٍّ إذا كان من أهل الفساد الظاهر، أو من الزنادقة المشهورين بما يُنسب إليهم، ومن ذلك ما روي أن القاضي المنذر بن سعيد[4] -وكان قاضياً للجماعة في وقته- لم يعذر زنديقاً قُدم إليه، وحكم عليه بالقتل من غير إعذاره، لأنه كان معروفاً بين الناس بزندقته، وقد شهد عليه-يومها- ثمانية عشر شاهداً[5].

والحقُّ أن هؤلاء بحالتهم المعروفة لا ينبغي إعطاؤهم الفرصة للتهرب من الحكم والإضرار

---

(١) تبصرة الحكام:جـ١ ص١٦٩ . الشرح الكبير: جـ٤ ص١٤٨، ١٤٩.

(٢) تبصرة الحكام:جـ١ ص١٦٩ .

(٣) تبصرة الحكام:جـ١ ص١٧٠ .

(٤) هو قاضي قرطبة، ولد سنة ٢٧٣هـ، وتوفي سنة ٣٥٥هـ، تولى القضاء في عهد الخليفة الناصر، وكان جريئاً في الحق لا يدخر وسعاً في أمر الحكام والولاة بالمعروف ونهيهم عن المنكر- انظر: تاريخ القضاء: محمود عرنوس: ص١٢٢،١٢٣ .

(٥) تبصرة الحكام:جـ١ ص١٦٩ .

بمن شهدوا عليهم، فهم لا يتورعون عن ذلك، وهو لو أعذروا لطلبوا الإمهال حتماً، ولملأوا الأرض فساداً وتعدياً في الأمد المُعطى لهم، فكانت المصلحة في تفويت هذه الفرصة عليهم، ثم إنهم إذا كانوا مشهورين بما قامت البينة عليهم به، كان طلبهم للإمهال بعد إعذارهم من قبيل اللدد والمماطلة، لِما يضيفه هذا الاشتهار بالتعدي إلى البينة من قوة يستبعد كثيراً أن يكون لهم منها مخلص.

ثانياً: كما اتفقوا على أنه لا يُعذر من استفاضت الشهادة عليه بسبب من الأسباب الشرعية، أو بإضرار أحد الزوجين لزوجه، أو بوقفٍ من الأوقاف القديمة، والسبب في ذلك أن من تظاهرت الشهادات عليه، وكثرت البينة العادلة عليه كثرة بالغةً، فإن الإعذار إليه معدوم الفائدة، لأنه لا يستطيع تجريح جميع الشهود ولا يمكنه الإتيان بما يسقط به شهادتهم[1].

ثالثاً: وقالوا أيضاً بعدم وجوب إعذار المحكوم عليه ببينةٍ شهدت عليه أنه أقرّ أو أنكر في مجلس القاضي، لمشاركة القاضي للشهود في سماع الإقرار، فيحكم عليه من غير إعذارٍ في الشهود الحاضرين، فإنه لو أعذر فيهم للزم أن يعذر في نفسه، ولا يجب عليه ذلك.

رابعاً: ومما اختلفوا في وجوب الإعذار فيه من يقيمهم القاضي مقام نفسه من شهود ومخبرين، إذا أرسلهم لاكتشاف أمرٍ من الأمور، إذا رجعوا وأخبروا عمّا رأوا أو سمعوا، وذلك كالشاهد الذي يوجهه القاضي لسماع الدعوى من مريضٍ أو لتحليفه أو إعذاره، أو لمعاينة حيازة ونحو ذلك، فمنهم من قال بعدم وجوب الإعذار في أمثال هؤلاء، لأن القاضي أقامهم مقام نفسه، وهو لا يعذر في نفسه[2]. ومنهم من ذهب إلى وجوب الإعذار في مثل هذه الصور، لأنها شهادات كغيرها، والمحكوم عليه يستفيد من الإعذار فيها[3].

---

(١) تبصرة الحكام: جـ١ ص١٧١ .

(٢) الشرح الكبير: جـ٤ص١٤٨، ١٤٩ ، تبصرة الحكام: جـ١ ص١٦٩، ١٧٠ .

(٣) تبصرة الحكام: جـ١ ص١٦٩، ١٧٠ .

خامساً: وذهبوا أيضاً إلى أن من شهد عليه شهود فائقون في عدالتهم ومبرزون فيها، فلا يعذر فيهم الذي قامت عليه البينة إلا من أجل الطعن فيهم بعداوة له أو قرابة للمشهود له[١].

ثمرة الإعذار:

وإذا وجه القاضي الإعذار لمن قامت عليه البيّنة، فلا يخلو الحال من أحد وجهين: فإما أن يجيب بالإيجاب، وأنه يريد أن يطعن فيما قدّمه خصمه من بينات، وإما أن يجيب بالسلب، وأنه لم يبق له عذر ولا حجّة فيما قدّمه خصمه.

ففي الحالة الأولى: فإن قدّم طعنه، أو تجريحه مباشرةً، ومن غير طلب مهلة، نظر فيه القاضي. وأما إذا طلب الإمهال، أعطاه القاضي من الوقت بقدر الحاجة وحسب اجتهاده لا حسب ما يطلبه المشهود عليه[٢]. وهذا جارٍ في كل أجلٍ يضربه القاضي لأحد الخصمين، يجعل الأمر فيه لاجتهاد القاضي، لا للمدعي أو المدعى عليه، وليس فيه حدٌّ محدود، لا يتجاوز، ولكن الذي جرى به العمل بين قضاة المالكية أن الأجل فيما يطول النظر فيه والإثبات، كدعوى العقار والوراثات وأمثالها ثلاثون يوماً، يجعلها القاضي لمن طلب التأجيل متفرقة، أو مجتمعةً حسب اجتهاده[٣]، وفي الديون جرى العمل القضائي المالكي على جعل الأجل فيها ثلاثة أيام[٤].

فإذا انقضت الآجال المضروبة، فإن جاء الشخص المضروب له الأجل بحجّة تشهد لطعنه، أو تجريحه، نظر فيها. وأما إذا لم يأتِ بشيءٍ يوجب له نظراً عجّزه القاضي: أي أثبت عجزه عن إبداء العذر، بعد أن أعذره وحكم عليه، وأنفذ عليه القضاء، ويكتب ذلك في سجله بأن يقول (وادعى أن له حجّة، وقد أنظرناه فلم يأتِ بها، فحكمنا بعجزه فلا تسمع

---

(١) الشرح الكبير: جـ٤ ص١٤٩ .
(٢) المرجع السابق.
(٣) تبصرة الحكام:جـ١ ص١٧١ ،١٧٢.
(٤) المرجع السابق .

له بيّنةٌ بعد ذلك)[1]. وبعد هذا لا يسمع له حجة يقع عليها، ولا يقبل منه بينةٌ إذا أتى بها، سواءً كان مدعياً أو مدعى عليه، إلا في بعض الحالات المستثناة[2].

وفي الحالة الثانية: يحكم عليه بالحق مباشرةً، ويحكم كذلك بعجزه عن إبداء حجته بعد إعذاره، ويسجل كلُّ ذلك في سجله، ولا يقبل منه بعد ذلك حجةً، إلا فيما استثنى من حالات ذكرها الفقهاء.

وأما إذا أصدر القاضي حكمه، ولم يحكم بعجز المحكوم عليه، كان لهذا الأخير أن يقوم بأية بيّنةٍ يجدها بعد ذلك[3].

كيفية نظر الدعوى عند أهل القانون:

ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة بإجراءات وشروط وقيود حددها قانون المرافعات[4]، وقد ذكرناها باختصار في مقدمة هذا المبحث، وقد قدمنا أيضاً أنه إذا تم رفع الدعوى ترتب على ذلك وجوب نظر الدعوى على المحكمة، فالنظر في الدعوى أثر من آثار رفعها الصحيح.

ثم يفرق -بعد ذلك- بين نوعين من الدعاوي:

فإذا كانت الدعاوي قليلة الأهمية -وهي ما يسمّى بالدعاوي الجزئية- وجب اللجوء إلى محاولة الصلح بين الخصمين، قبل بدء المرافعة فيها أمام المحكمة الجزئية وذلك بأن يحضر الخصم في اليوم والساعة المحددين بصحيفة افتتاح الدعوى أمام مجلس صلح ينعقد في مقر المحكمة يحاول التوفيق بينهما.

على أنه ينبغي على هذا المجلس أن ينتهي من مهمته في مدى ثلاثين يوماً، ولا يجوز مدُّها

---

(١) الشرح الكبير: جـ٤ ص١٤٩، ١٥٠ .

(٢)المرجع السابق ، تبصرة الحكام:جـ١ ص١٧٦.

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر في ذلك، الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

إلا باتفاق الطرفين، ولمدةٍ لا تتجاوز ثلاثين يوماً أُخرى، فإذا تم الصلح في هذا الأجل، أعد بما اتفق عليه الطرفان محضر تكون له قوة السندات الواجبة التنفيذ، وترد الرسوم التي سبق دفعها. وأما إذا لم يتم الصلح في الأمد المذكور، أحال مجلس الصلح الدعوى إلى المحكمة لتنظرها في جلسةٍ يحددها، وتبدأ المرافعة فيها[1].

ويجدر بالذكر أن مجال المصالحة المتقدم أضيقُ بكثير مما قدّمناه في الفقه الإسلامي: فهي لا تجب إلا بالنسبة لبعض الدعاوي، وأمام بعض المحاكم، إذ لا تجب إلا بالنسبة للدعاوي الجزئية التي لا تنظر إلا أمام المحاكم الجزئية وهي دعاوى محددة.

وفي الفقه الإسلامي يندب للقاضي محاولة الصلح بين الخصوم في جميع الدعاوي التي لايكون المطلوب بها حقاً من حقوق اللّه، وإنّما تتعلق بمصالح خاصة بين خصمين من عباد اللّه، على أن محاولة الصلح بين الطرفين غير واجبةٍ على القاضي في الفقه الإسلامي، وإنّما يندب له ذلك ندباً، اللهمَّ إلا إذا خشي القاضي من تفاقم الأمر إذا حكم بينهما، فيكون واجباً عليه أن يحاول الصلح بينهما كما مرّ[2]، بينما يوجب القانون ذلك، حتى يمتنع على المحكمة أن تنظر في إحدى الدعاوي الجزئية قبل محاولة الصلح فيها على الكيفية التي ذكرناها. ثم إن هنالك طائفة من الدعاوي، لا ينبغي محاولة الصلح فيها، وهي الدعاوي المستعجلة، ومنازعات التنفيذ والطلبات الخاصة بأوامر الأداء. على أنه يشترط في وجوب محاولة الصلح أن تكون الدعاوي متعلقةً بأمر يجوز التصالحُ فيه، فلا يطلب الصلح -مثلاً- في دعوى الطلاق.

وأما إذا كانت الدعاوي أكثر أهميةً من الدعاوي السابقة، فلا يجب محاولة الصلح فيها، وإنّما ترفع للمحكمة المختصة مباشرةً.

وأول ما يفعل في نظر الدعوى هو النداء على الخصوم فيها (المدعي والمدعى عليه) للمثول

---

(١) مادة ٦٤ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

(٢) انظر ص٣٤.

أمام المحكمة، فإن تخلفوا عـن الحضور، أو تخلف بعضهم ترتب على ذلك آثار وأحكام سنذكرها في فصلٍ قادمٍ إن شاء الله تعالى.

وأما إذا حضر الخصمان أمام المحكمة، فتبدأ المرافعة مباشرةً، وكانت القوانين السابقة للمرافعات توجب تحضير الدعوى، وإعدادها لتكون جاهزةً للمرافعة فيها بحيث يكون كل من الخصوم -في هذه المرحلة- قد أعد أقواله وطلباته، وأحضر أوراقه ومستنداته وأتاح لخصمه الآخر أن يعلم ما هو منسوبٌ إليه أو مطلوبٌ منه، وتكون المحكمة قد تجمع لديها فكرة واضحةٌ عن موضوع الدعوى، وما هو مطلوب بها.

وكان يختص بذلك كله: إما قاضي التحضيرية، أو قلم الكتاب حسب القوانين المختلفة[١].

ومنذُ عام ١٩٦٢م أُدمجت المرحلة التحضيرية بمرحلة المرافعة، لِما ترتب على ذلك التخصص من نتائج عملية سيئة[٢]. على أن جزءاً من هذه المرحلة التحضيرية اشترط المشرع حصوله قبل بدء المرافعة، حيث أوجب على كلٍ من المدعي والمدعى عليه تقديم مستنداته، وأوجه دفاعه مسبقاً قبل المرافعة[٣]، ولكنه لم يحظر عليه تقديم شيءٍ من مستنداته وأوجه دفاعه في خلال الجلسة، إلا أنه إذا قدم المدعي أو المدعى عليه في الجلسة مستنداً كان في إمكانه تقديمه في الميعاد المقرر في المادة ٦٥ قبلته المحكمة إذا لم يترتب على ذلك تأجيل نظر الدعوى، فإذا ترتب على قبول المستند تأجيل الدعوى، حكمت عليه بغرامةٍ لا تقل عن ثلاثة جنيهات، ولا تجاوز عشرين جنيهاً[٤].

وعلى أية حال فإن للمحكمة سلطة تقديرية واسعةً في منح الآجال الضرورية لتقديم

---

(١) انظر في ذلك- أصول المرافعات- أحمد مسلم: ص٥٥٣، ٥٥٤.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لعام ١٩٦٢م.

(٣) المادة ٩٥ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

(٤) المادة ٩٧ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

المستندات والاطلاع عليها[1]، على أنه لا يجوز تأجيل الدعوى أكثر من مرةٍ لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم[2].

وإذا بدأت المرافعة، وجب الاستماع إلى أقوال الخصوم، ولا يجوز مقاطعتهم من قبل المحكمة، إلا إذا خرجوا عن موضوع الدعوى أو مقتضيات الدفاع فيها، كما لا يجوز مقاطعة أحدهم لخصمه، ويكون الحقّ في اختتام الكلام للمدعى عليه[3].

وللمحكمة في خلال نظرها للدعوى سلطات متنوعة تستعملها إذا اقتضت الحاجة، يقصد بها تمهيد السبيل إلى اكتشاف الحقّ وردهِ إلى أهله، مع أن كثيراً من الشراح ما زالوا يرون نقصاً في تلك السلطات الممنوحة، ويرون إعطاء المحكمة سلطات أقوى، وأوسع نطاقا[4].

هذا وقبل الفصل في موضوع الدعوى قد يجد القاضي نفسه مضطراً إلى إصدار أحكام تتعلق بإجراءات السير في الخصومة، أو بإجراء من إجراءات الإثبات فيها، وذلك من أجل أن تصبح القضية صالحةً للفصل في موضوعها وإصدار حكم نهائي فيها[5]، وهذه الأحكام الصادرة بندب خبير لتقدير مدى الضرر الذي لحق بالمدعي، أو لتصفية الحساب القائم بين المدعي والمدعى عليه، على أن بعض هذه الأحكام قد يؤدي إلى إنهاء الخصومة، كما لو صدر حكم بعدم اختصاص المحكمة التي رفعت إليها الدعوى[6].

---

(١) أصول المرافعات: ص٥٥٥.

(٢) المادة ٩٨ من قانون المرافعات المذكور.

(٣) المادة ١٠٢ من قانون المرافعات المذكور.

(٤) أصول المرافعات: ص٣٧٦. المرافعات المدنية- أبو هيف: ص٣٥ وما بعدها.

(٥) شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤٦٠.

(٦) أصول المرافعات- أحمد مسلم: ص٦٦٧ .

المطلب الثاني
في سلطة القاضي في نظر الدعوى

إن السلطة الممنوحة للقاضي في الفقه الإسلامي في نظر الدعوى وتسييرها تحكمها الأسس التالية:

أولاً-المساواة بين الخصوم في كل معاملة تصدر عن القاضي خلال نظره للدعوى:

وقد فصلنا ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل، ونشير هنا إلى أمرٍ مهمٍ وهو تلقين القاضي الخصوم أو الشهود شيئاً يخصهم.

فقد تقدم في المبحث السابق أن مبدأ المساواة يقتضي أن لا يلقن القاضي أحد الخصوم، أو شهوده بما قد يتهم فيه بالمحاباة[1]. غير أن جماعةً من المالكية ذهبوا إلى أنه لا بأس بأن يلقن القاضي أحد الخصمين حجة عمي عنها، وقالوا: إنّما يكره له أن يلقنه حجة الفجور، وصورتها أن يقول لخصمه: يلزمك على قولك كذا وكذا، فيفهم خصمه حجته، كما لا يجوز أيضاً أن يقول لمن له المنفعة: قل لخصمك كذا وكذا[2].

على أنهم اتفقوا كما تقدم[3] أن للقاضي أن يشد من عضد أحدهما إذا رأى منه ضعفاً أو مهابةً، لينشط وينبسط أمله في الإنصاف.

وينبغي للقاضي أن ينبه كل خصمٍ علىتسجيل ما ينتفع به من قول خصمه إن غفل عن ذلك، ولكن يجب عليه أن ينبه كلا الخصمين على ذلك، ولا ينبه أحدهما دون الآخر، فإذا أقر أحد الخصمين كان للقاضي أن يدعو خصمه الآخر إلى كتابة إقراره، وإن كان غير

---

(١) انظر ص٤٣٧.
(٢) تبصرة الحكام: جـ١ ص٣٣ طبع سنة ١٣٠١هـ.
(٣) انظر ص٤٣٦.

كاتب كتب له بنفسه، ويفعل ذلك مع الخصمين ولا يفرق بينهما[1].

وهكذا فإن مبدأ المساواة لا يقف حاجزاً أمام إيجابية القاضي، وهو ينظر الدعوى، فقد جعلوا له الحق في التدخل في كل ما يفيد في كشف الحق أو يؤدي إلى ذلك، وهذا الاتجاه التشريعي دعا إليه كثيرٌ من شراح القانون المصري كما سنرى.

ثانياً–منع اللدد والمماطلة الصادرين من أي خصمٍ من الخصوم والاختصار من أمد التقاضي بقدر الإمكان من غير إضرارٍ بمصلحة أحدهما، ومن أجل ذلك جُعل للقاضي في الفقه الإسلامي الحق في طلب تصحيح الدعوى التي ظهر فيها فساد ثانوي، من غير أن يجبر رافع الدعوى أو فاعل الإجراء على القيام به من بدايته،وإنّما يطلب منه إكمال النقص الذي تسبب به خطأ الفاعل أو نسيانه، وذلك كما لو ظهر في الدعوى أن المدعي لم يحدد العقار المدعى به تحديداً كاملاً، أو مقدار الدين، ونحو ذلك، فيطلب منه إكمال النقص في هذه الحالة، ولا ترد الدعوى من أولها. على أنه ينبغي في هذه الحالة أن لا يلقن القاضي الخصم شيئاً، وإنّما يقتصر على تنبيهه على فساد دعواه[2].

كما أعطى القاضي الذي رفعت إليه الدعوى على مدعى عليه في ولاية قاض غيره أن يكتب إلى قاضي المدعى عليه بالنظر في القضية من غير أن يرد الدعوى من أولها[3]. وهو ما لا نجد مثيلاً له في التشريع الوضعي، حيث ترد القضية المرفوعة إلى المحكمة غير المختصة من غير أن تحال إلى المحكمة المختصة، وهذا مما يكلف المدعي وقتاً ونفقةً زائدين مما جعل بعض علماء المرافعات ينتقدون هذا النظام بشدّةٍ[4].

ومن أجل ذلك أيضاً جُعل للقاضي الحق في تقدير المهل والآجال التي يطلبها أحد

(١)تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٢ طبع سنة ١٣٠١هـ.

(٢) المبسوط: جـ١٦ ص٧٨، تبصرة الحكام:جـ١ ص١٠٤ طبع سنة ١٣٠١هـ. أدب القضاء–ابن أبي الدم:ق١٥ أ. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٨٦ .

(٣) القوانين الفقهية: ص٢٨٧، المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٦٢،٦٣ .

(٤) تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٥، ٤٦.

الخصمين ليستكمل حجته أو دفاعه أو طعنه، و لم يجعل ذلك حقاً لأحد الخصوم، منعاً للمماطلة وتطويل الوقت الذي قد يبعثُ على الملل مما قد يصد بعض الناس عن المطالبة بحقوقهم.

ومن أجل ذلك أيضاً جُعل للقاضي السلطة في إكراه من يماطل من الخصوم في الجواب عن دعوى خصمه، وذلك بسجنه وتأديبه، فإن أصرّ بعد كلّ ذلك اعتبر مُقراً بما يدعيه عليه الطرف الآخر، وكذلك جُعل له الحق في تأديب من قام بشكية أو بدعوى باطلة، ليندفع بذلك أهل الباطل واللدد[1].

ثالثاً– حفظ هيبة مجلس القضاء:

وليس المقصود بذلك شخص القاضي، وإنّما حفظ هيبة أحكام الشرع الذي يطبقها القاضي على المتخاصمين، ولذلك قال كثيرٌ من الفقهاء: ليس للقاضي أن يعفو عمن أهانه من الخصوم، أو أهان أياً من الحاضرين بمجلسه، لأن في ذلك اعتداءً على حق اللّه بالإضافة إلى حقّ العبد، وللعبد التنازل عن حقه، وليس له التنازل عن حق اللّه[2].

وبناءً على ذلك قالوا: إن للقاضي زجر من تعدى من المتخاصمين علىالآخر في مجلس القضاء، وذلك كما لو سبّ أحدهما الآخر، وذهبوا في الرأي الأرجح إلىأنه ليس للقاضي العفو عن ذلك، حتى ولو تنازل المتضرر بالسبّ عن حقه في معاقبة خصمه الشاتم له، لأن السباب انتهاك لحرمة مجلس القاضي والحكم[3]، إلا أنهم لا يعدون تكذيب أحدهما للآخر

---

(١)تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٥،٤٦.

(٢)تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٣. منح الجليل: جـ٤ ص١٤٩، وذهب الحنابلة إلى ان للقاضي أن يعفو عمن افتات عليه من الخصوم، ولعلهم نظروا في ذلك إلى أن هذا من حق القاضي، لأن الافتيات وقع عليه، والإساءة وجهت إليه، فهو كالقذف يجوز التنازل عنه، والعفو عن صاحبه– انظر: المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٤٣،٤٤، والحق أن هذا يختلف عن القذف من حيث أن الإساءة فيه لا توجه إلى القاضي فحسب، وإنما لحرمة مجلس القضاء، فحق اللّه فيه ظاهر.

(٣)تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٣ منح الجليل: جـ٤ ص١٤٩.

من قبيل السباب[١].

وقيل: إن قال أحدهما لخصمه: ظلمتني أو غصبتني ونحوه بصيغة الماضي، فلا يعتبر من قبيل التعدي، ولا شيء عليه، وإن قال له: يا ظالمُ ونحوه بصيغة الفاعل أُدّب إن لم ينزجر[٢].

وكذلك للقاضي أن يعزر أحد الخصمين إذا أساء للشهود أو أهل الفتوى أو عرض بما يؤذيهم[٣]، وله أن يخرج من مجلسه كل من يخل بهدوئه، أو يتسبب في تعكير ذهن القاضي وتفكيره.

وبناءً على ما تقدّم قالوا أيضاً: إذا نهى القاضي أحد الخصمين عن الكلام فلم يمتثل، وأتى بالحجج ليخلط على صاحبه ليمنعه من الكلام، أو يكثر معارضته في كلامه، فإن للقاضي أن يأمر بتعزيره، وكذلك قالوا: إن الشاهد إذا غلط في مجلس القاضي في نصّ الشهادة، فإن للقاضي أن يأمر الخصمين أن لا يعرضا له، لا المدعي بتلقين ولا المدعى عليه بتوبيخ، فإن لم يمتثلا لأمر القاضي كان له أن يأمر بتأديب من لم ينته[٤].

وكذلك قالوا: إن للقاضي رفع صوته وسوء النظر إلى من يسيء أدبه ويلد في الخصام[٥]. غير أنه ليس له أن ينتهرهما أو أحدهما بغير حقّ حتى لا يلحقهما حصرٌ وخوفٌ وانقطاعٌ عن حججهما[٦].

كذلك لا يجوز للقاضي أن يغضب من قول أحد الخصمين له: اتق اللّه، ولا ينبغي أن يضيق صدره لهذا، ولا يكثر على القائل، وليثبت، ويجيبه جواباً ليناً بقوله: رزقني اللّهُ تعالى تقواه ومن تقوى الله أن آخذ الحق منك، إذا بان عندك[٧].

---

(١) انظر المرجعين السابقين.
(٢) منح الجليل: جـ٤ ص١٤٩.
(٣) تبصرة الحكام: جـ١ ص٤٤.
(٤) المرجع السابق.
(٥) المرجع السابق: جـ١ ص٤٥.
(٦) أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق١٥ أ.
(٧) منح الجليل: جـ٤ ص١٤٩.

وأما سلطة المحكمة أثناء نظر الدعوى عند أهل القانون:

فقد كانت قاصرةً إلى حدٍ بعيد في قوانين المرافعات المبكرة في مصر، وتعرضت لانتقادات مرة من قبل بعض الشراح[1]. ويظهر أن التعديلات الجديدة لقانون المرافعات قد تأثرت إلى مدى معتبر بتلك الانتقادات، فأعطت للمحكمة سلطات أكثر وأوسع مما كان لها، على أنها تبقى مقصرةً في هذا المجال إذا ما قيست بما أُعطي للقاضي من سلطات في الفقه الإسلامي، وتوفيق بين ضرورة إيجابية القاضي من أجل سلوك أقرب السبل وأسهلها وأسرعها، ووجوب المساواة بين الخصوم في كل مايقوم به تجاههم من تصرفات ومعاملة فإن العبرة ليست بمقدار السلطات المعطاة فحسب، وإنّما بفعالية هذه السلطات من حيث تقصير المسافة إلى الحقّ، وتبسيط الطرق، والابتعاد عن التعقيد، فإن كثيراً من السلطات التي جعلها المشرع للمحكمة تصلح للإعاقة، وتطويل الإجراءات بقدر ما يمكن أن تؤدي إلى الحث والإسراع، كالشطب والوقف، والسقوط والإبطال، ونحو ذلك، وخصوصاً إذا أُسيء استعمالها.

وعلى أية حال فإن من السلطات التي جعلها المشرع الوضعي للمحكمة أثناء نظر الدعوى ما يلي:

١- **تنظيم المرافعة:** فتسمع إلى أقوال الخصوم وادعاءاتهم ودفاعهم، ولكنها لا تتيح لهم فرصة السبّ أو الطعن في أحد، أو التشويش أو الخروج عن موضوع النزاع[2].

٢- **توثيق ما اتفق عليه الخصوم:** وذلك كصلح جرى بينهم، أو غير ذلك من وجوه الاتفاقات فإن على المحكمة إجابتهم على طلبهم في توثيق ما يتفقون عليه، وتعطي هذه الاتفاقات الموثقة قوة السندات الواجبة التنفيذ[3].

(١) المرافعات المدنية والتجارية - عبد الحميد أبو هيف: ص٣٥-٣٦ .
(٢) انظر المواد ١٠٢، ١٠٥ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.
(٣) المادة ١٠٣ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

٣- حفظ النظام والأمن أثناء نظر الدعوى: وفي ذلك تنص المادة ١٠٤ مرافعات على أن ضبط الجلسة وإدارتها منوطان برئيسها، ومع مراعاة أحكام قانون المحاماه، يكون له في سبيل ذلك أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها، فإن لم يمتثل وتمادى كان للمحكمة أن تحكم على الفور بحبسه أربعاً وعشرين ساعةً، أو بتغريمه جنيهاً واحداً،ويكون حكمها بذلك نهائياً.

كما جعل لها سلطات تتيح لها التدخل بالتحقيق، والحكم بالعقوبة على كل مرتكب جريمةً أو جنحةً على أحد الحاضرين أو هيئتها أو أحد العاملين بالمحكمة[1].

ومهما يكن من أمر فإن هذا المآل الذي آل إليه التشريع الوضعي للمرافعات في هذه المسألة هو ثمرة صيحات عالية من كثيرٍ من علماء المرافعات كان من أبرزهم المرحوم الدكتور عبد الحميد أبو هيف. ولعل من المفيد هنا أن نثبت بعض المآخذ التي ذكرها، علماً بأن كثيراً من هذه المآخذ قد تداركتها التعديلات الكثيرة التي تعاقبت على قانون المرافعات. **ومن هذه المآخذ ما يلي:**

١- الخصوم هم الذين يحررون أوراق الدعاوي من أولها لآخرها، ويطلبون من المحضرين إعلانها، وهؤلاء يعلنونها كما هي، فإذا صادف حصول غلط أو سهو في ورقة ما، دعا ذلك إلى البطلان، دون أن يستطيع القاضي التداخل لإصلاح الخطأ أو تدارك النسيان، وتزداد الحالة هولاً كلما كان النقص في بيانات غير جوهرية لا أهمية لها.

٢- الخصوم هم الذين يحددون ميعاد نظر القضية، بالاتفاق مع المحضر، مما يؤول إلى ازدحام الجداول بقضايا مختلفة الشكل والقيمة والوصف، تقدم كلها إلى القاضي،مما يؤدي إلى تأجيل كثيرٍ من القضايا مراتٍ ومرات.

٣- القاضي يبقى جامداً لا يتدخل في سير القضية، ولا يسعى في إنهائها، لأنها كما

---

(١)انظر المواد ١٠٦، ١٠٧ من قانون المرافعات الجديد.

يقولون ملك الخصوم يؤجلونها عدد المرات الذي يشاؤون.

٤- وفي تنفيذ الأحكام يتكافح الخصوم كفاحاً مشيناً يساعد القانون فيه المدين المشاغب بتلك الأسلحة الماضية المسماة بالإشكالات.... والقاضي لا يستطيع أن يتدخل في تنظيم سير التنفيذ[١].

ولكن المرحوم حينما نادى بالإصلاح دعا إلى تقليد بعض النظم الأجنبية في هـذا المجال، كالقانون النمساوي والقانون السويسري للمرافعات[٢].

مع أن المتأمل فيما قدمناه في هذه المسألة من أحكام الفقه الإسلامي يجد أنها تسد تلك الثغرات وتضيف على ذلك محاسن أخرى، وكان الأولى بعلمائنا قصد تراثنا الفقهي ليأخذوا ما يريدون من الثمار من قطوفه الدانية، ولكننا أصبحنا وكأن الشاعر يتحدثُ عن حالنا حين يقول:

كـالعيس في البيـداء يقتلهـا الظمـا   والمـاء فـوق ظهورهـا محمـول

---

(١)المرافعات المدنية والتجارية - عبد الحميد أبو هيف: ص٣٥، ٣٦ .
(٢) المرجع السابق: ص٨٣.

الفصل الثاني
حضور الخصوم وغيابهم

تقدم في الفصل السابق أن المدعي إذا أراد المطالبة بحقه المعتدى عليه عن طريق القضاء سلك أحد سبيلين:

الأول- أن يتوجه أولاً إلى خصمه يطلب منه الحضور معه إلى مجلس القاضي، وذلك قبل أن يطلب من القاضي إحضاره من أجل النظر بالخصومة بحضور الاثنين.

الثاني- أن يتوجه إلى القاضي في مجلسه مباشرةً، فيطلب منه إحضار خصمه المدعى عليه من أجل مقاضاته والنظر في الخصومة.

وبناءً على سلوك أحد هذين الطريقين يحتمل أن يستجيب المدعى عليه، ويحتمل أن يمتنع: فإن استجاب نظرت الدعوى على الوجه المتقدم في الفصل السابق، وإن امتنع فقد رتب الفقهاء أحكاماً سوف يتضمنها هذا الفصل إن شاء الله تعالى. وبناءً على ذلك حصرنا الكلام في هذا الفصل في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول:

في دعوة المدعي لخصمه المدعى عليه.

المبحث الثاني:

في دعوة القاضي للمدعى عليه، وكيفية إحضاره.

المبحث الثالث:

في محاكمة الغائب.



المبحث الأول
في
دعوة المدعي لخصمه المدعى عليه

ينبغي على المدعي إذا أراد إحضار خصمه إلى مجلس القضاء من أجل مخاصمته أن يدعوه بأرفق الوجوه، وأجمل الأقوال، لأنه يدعوه إلى حكم الله ودينه.

والأصل أنه يجب على المدعى عليه الإجابة إلى ذلك، وعدم التأخر[1] لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُم مُّعْرِضُونَ * وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلْحَقُّ يَأْتُوٓاْ إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ * أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ٱرْتَابُوٓاْ أَمْ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ ٱللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولُهُۥ بَلْ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ * إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُواْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ﴾[النور:٤٨، ٤٩، ٥٠، ٥١]؛ فقد دلت هذه الآيات الكريمة على أنه يجب على كلّ مؤمن أن يستجيب لمن يدعوه إلى التحاكم إلى شرع الله تعالى، وأن من أعرض عن ذلك كان ظالماً فاجراً[2]، ولما كان الذي يطبق أحكام الله على المتخاصمين هو الحاكم فقد كانت الإجابة إلى دعوة التحاكم إليه واجبةً لايجوز الإعراض عنها ولا التأخر، وقال المازري من علماء المالكية فيما يدلُّ عليه هذا النصّ الكريم: (فيه دليلٌ على أن من دُعي إلى حاكمٍ فعليه الإجابة، ويحرج إن تأخر، أي يأثم)[3].

---

(١) روضة القضاة- السمناني: ق٣٢ ب، تبصرة الحكام: جـ١ ص٣٠٢، القول المرتضى: ق٣ أ، أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق١٤ ب، كشاف القناع: ج٤ ص١٩٢.
(٢) انظر : تفسير ابن كثير: جـ٣ ص٢٩٨.
(٣)تبصرة الحكام: جـ١ ص٣٠٢، القول المرتضى: ق٣ أ.

وكذلك ورد عن الحسن البصري رحمه الله تعالى أنه قال: كان الرجلُ إذا كان بينه وبين الرجل منازعةٌ فدُعي إلى رسول الله ﷺ وهو محقٌّ أذعن وعلم أن النبي ﷺ سيقضي له بالحقّ، وإذا أراد أن يظلم، فدُعي إلى رسول الله ﷺ أعرض وقال: أنطلق إلى فلان، فأنزل الله هذه الآية، فقال رسول الله ﷺ: (من كان بينه وبين أخيه شيءٌ فدُعي إلى حاكمٍ من حكام المسلمين فأبى أن يجيب فهو ظالمٌ لا حقّ له)[1]، وهذا حديثٌ مرسلٌ، ولكنه ورد متصلاً من طريق الحسن نفسه عن سمرة[2] ﷺ بلفظ :(من دُعي إلى السلطان فلم يجب فهو ظالمٌ لا حقّ له) [3].

وهكذا يجب على المطلوب الإجابة لِما يُدعى إليه، فإن لم يمتثل ربما فسق إن لم يذكر عذراً، **ومن الأعذار التي تسقط وجوب الحضور ذكر الفقهاء ما يلي:**

١- المرض الذي لا يستطيع المطلوب معه الحضور بنفسه إلى مجلس القضاء[4].

٢- وكذلك إذا كان المطلوب امرأةً غير برزة، لأن الحياء فيها قد يحصرها عن الإدلاء بحججها، فيضيعُ حقها، وقد ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال: (واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها)[5]، فلم يكلفها الحضور، وإنّما بعث إليها رسولاً[6].

٣- ومن الأعذار أيضاً الجنون وزوال العقل بالإغماء وغيره[7].

فالأصل إذا وجوب الامتثال إلى دعوة الحضور إلى القاضي، وهذا هو مذهب جمهور

---

(١) سنن الدراقطني: جـ٤ ص٢١٤، السنن الكبرى: جـ١٠ ص١٤٠، تفسير ابن كثير: ج٣ ص٢٩٨، ٢٩٩.

(٢) هو الصحابي سمرة بن جندب بن هلال الفزاري، نزيل البصرة، قال ابن سيرين: كان سمرة عظيم الأمانة، صدوق الحديث يحب الإسلام وأهله، قال ابن عبد البر، توفي بالبصرة سنة ٥٨هـ - خلاصة التذهيب: ص١٣٢.

(٣) رواه الطبراني في الكبير- انظر: كنز العمال: جـ٣ ص٢٠٨، وقال الهيثمي: رواه البزار وفيه روح بن عطاء، وهو ضعيف وقد وثقه ابن عدي - انظر مجمع الزوائد: جـ٤ ص١٩٨، وتفسير ابن كثير: جـ٣ ص٢٩٨.

(٤) روضة القضاة - السمناني: ق٣٣ أ.

(٥) سبق تخريجه في ص٤٦ .

(٦) روضة القضاة - السمناني: ق٣٣ أ.

(٧) المرجع السابق.

الفقهاء من مختلف المذاهب، وذهب بعض الفقهاء إلى عدم وجوب الإجابة[1]، والأرجح هو مذهب الجمهور، لِما سبق من الأدلة، **ولكن كثيراً منهم فرق بين أحوال مختلفة:**

أ- فإذا دعاه خصمه إلى الحاكم و لم يكن عليه حقّ لم تلزمه الإجابة، و لم يحرِم عليه الامتناع عن المثول مع خصمه إلى مجلس القاضي[2].

ب- وأما إذا كان عليه حقٌّ فينظر: فإذا كان هذا الحق لا يتوقف القيام به على حكم الحاكم فيكون الواجب عليه هو أداءه إن كان قادراً عليه، ولا يحل المطال به إلا بعذر شرعي، ولا يحل له أن يقول لخصمه: لا أدفعه لك إلا بالحكم، لقول رسول الله ﷺ: (مطل الغني ظلم)[3]، ولأن حضور مجلس القضاء صعبٌ على كثيرٍ من الناس، ثم إذا كان هذا هو الواجب عليه فليس هومخيراً بين أن يفعل ذلك، وبين أن يحضر معه إلى مجلس الحكم، وإنّما يجب عليه إيفاء الحقّ فقط، على أنه إذا كان معسراً لم يجب عليه الإيفاء ولا المثول إلى مجلس القضاء، بل يحرم على خصمه أن يطالبه إذا كان يعلم عسرته[4].

جـ- وأما إذا كان المطلوب يعلم أن لخصمه عليه حقاً، ولكن القيام به يتوقف على حكم الحاكم، فتجب عليه إجابة خصمه، كما إذا دُعي من أجل تقرير نفقة قريب، وأما إذا دُعي لتقرير نفقة الزوجة كان مخيراً بين إبانتها وبين الإجابة[5].

---

(١) أدب القضاء – ابن أبي الدم: ق١٤ ب، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٩٠.

(٢) تبصرة الحكام: جـ١ ص٣٠٥، القول المرتضى: ق٤ أ. قواعد الأحكام – العز بن عبد السلام: جـ٢ص ٣٠ .

(٣) رواه مالك وأصحاب السنن إلا الترمذي عن أبي هريرة – انظر: الموطأ ص٤١٨، كتاب الشعب وصحيح البخاري بحاشية السندي: جـ٢ ص٣٩، وصحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٠ ص٢٢٧-٢٢٨، وسنن أبي داود مع معالم السنن: جـ٣ ص٦٥، والتلخيص الحبير: جـ٣ ص٤٦، والفتح الكبير: جـ٣ ص١٣٦، ورواه الترمذي بألفاظ متقاربة وطرق عدة قال عن بعضها: حسن صحيح: انظر: الجامع الصحيح: جـ٣ ص٦٠٠،٦٠١، ورواه أحمد في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه والطبراني في معجمه الأوسط- انظر : نصب الراية: جـ٤ ص٥٩، ٦٠ ،ورواه الدارمي في سننه: جـ٢ ص١٧٦، وابن الجارود في المنتقى: ص٢٨٥.

(٤)تبصرة الحكام: جـ١ ص٣٠٥، القول المرتضى: ق٤ أ. قواعد الأحكام – العز بن عبد السلام: جـ٢ص ٣٠ .

(٥) انظر المراجع السابقة.

د- ولو دعاه خصمه إلى الحاكم، وكان هذا المدعو يعلم أنه سوف يحكم عليه بالباطل بناءً على الحجة الظاهرة، فإنه يجوز بينه وبين اللّه أن يمتنع عن الحضور إلى مجلس القضاء[1]، بل قال بعض العلماء: إنه يحرم عليه الإجابة إذا كان الأمر متعلقاً بالدماء أو الفروج أو الحدود وسائر العقوبات الشرعية[2].

هـ- وكذلك يفرق في حكم الإجابة بين أسلوبين في دعوة الخصم:

الأول: أن يصرح الداعي في دعوته بالحقّ الذي يطلبه من خصمه بأن يقول: لي عليك كذا، فأحضر معي إلى الحاكم، ففي هذه الحالة لا يلزم الخصم الحضور، وإنّما يجب عليه قضاء الحق إن كان معترفاً به، وقد حمل على هذا قول من قال بعدم وجوب الإجابة فيما تقدم[3].

الثاني: أن يقتصر الداعي في دعوته على طلب الحضور إلى مجلس القضاء، ولم يعلم خصمه، بالحق الذي يطلب منه، ففي هذه الحالة يجب على الخصم إجابة الداعي، والحضور معه إلى مجلس القضاء[4].

و- ولو دعا شخص خصمه إلى التحاكم في شيءٍ مختلف في ثبوته، فينظر:

- فإن كان المدعى عليه معتقداً ثبوته وجب عليه الامتثال لدعوة خصمه إن كان القيام به وتنفيذه يتوقف على حكم الحاكم، فإن لم يكن كذلك وجب عليه أداء الحق كما تقدم، ومثال ذلك، أن يدعو شخص آخر بسبب شفعة الجوار إلى حاكم يرى الأخذ بها، فإذا كان المدعى عليه مالكياً أو شافعياً لم تجب عليه الإجابة، لأنه لا يعتقد وجوبها، إذ المالكية والشافعية لا يقولون بشفعة الجوار، وأما إذا كان حنفياً وجب عليه تلبية الدعوة، لأنه يعتقد وجوب الشفعة بسبب الجوار، وقس على هذه كل مسألة اختلف فيها فقهاء المذاهب[5].

---

(١) المراجع السابقة .
(٢) تبصرة الحكام: جـ١ ص٣٠٥، القول المرتضى: ق٤ أ.
(٣) أدب القضاء - ابن أبي الدم: ق١٤ ب .
(٤) المرجع السابق.
(٥) القول المرتضى: ق٣ ب. قواعد الأحكام: جـ٢ص ٣١ .

ذاك الذي تقدم هو حكم الإجابة إلىالدعوة الموجهة من المدعي إلى المدعى عليه ديانة، والحاصل أن الأصل وجوبها إلا إذا كان المدعى عليه معتقداً وجوب الحق عليه، وقادراً على الإيفاء بنفسه، و لم يكن ذلك متوقفاً على حكم القاضي، ولكن ذلك لا يعني وجوب حضور الخصم بنفسه، بل له أن يوكل غيره، فإن لم يحضر و لم يوكل أصابه الإثم إن لم يكن معذوراً[1].

غير أن المطلوب إذا امتنع عن إجابة خصمه، ورضي بالإثم فإنه لا يعاقب في الدنيا ولا يغرم إلا إذا دعاه الحاكم وبالغ في دعوته- كما سيأتي- فامتنع بعد ذلك.

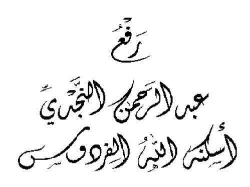
وهكذا فإن الشارع الحكيم يخوف بالعقاب الأخروي قبل أن يخوف بالعقوبة الدنيوية، فيجعل الحضور إلى مجلس الحكم واجباً دينياً يعرض المتخلف عن القيام به إلى غضب اللّه وعقوبته.

وتفتقر التنظيمات الوضعية-في جميع الأمور عامة وفي أمر الحضور إلى مجلس الحكم خاصة- إلىمثل هذا، فتظل ناقصةً مهما بالغ واضعوها في الاحتياط،وخصوصاً بعدما اكتشف الإنسان بعقله غير المهذب فنوناً من التحايل على القوانين والنظم، وساعده على ذلك كثيرٌ من وسائل الحضارة المعاصرة، والحق أن هذا النقص لا يستدرك إلا إذا ارتبطت عقول الناس وقلوبهم بالعليم الخبير، فترجو منه رضى وثواباً على طاعته، وتخشى غضبه وعقابه على عصيانه.

على أن المجتمعات مهما كانت مهذبةً في مجموعها لا تخلو من الذين لا يخافون اللّه، لذلك فإن الشارع الحكيم لم يقتصر على ذلك الجزاء الأخروي في الحفاظ على أحكامه، وإنّما احتاط لمثل هذه الاحتمالات بجزاءات دنيوية فعالة، ففي مسألة حضور الخصم أعطى الحاكم سلطات كثيرة من أجل إرغام من لا يمتثل للحقّ على تنفيذ ما يطلب منه، وفي المبحث التالي كيف يُدعى الخصم إلى الحضور من قبل الحاكم، وكيفية إحضاره إذا امتنع.

---

(١) المنهاج وشرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ ص٣١٣. كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٢.



المبحث الثاني
في
دعوة القاضي للمدعى عليه وكيفية إحضاره

وإذا كانت الإجابة على دعوة الخصم المدعي واجبةً على المدعى عليه في الجملة فلأن تكون إجابة الحاكم-إذا دعا شخصاً إلى مجلس الحكم-واجبةً أولى، إذ في هذه الحال الثانية يكون الداعي هو الممثل للشارع في تطبيق أحكامه، وفي الأولى يكون هو الخصم المدعي، والله سبحانه وتعالى يقول:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾[النساء:٥٩] ، وقد ورد عن كثيرٍ من الصحابة أن أولي الأمر في الآية الكريمة هم الأمراء، وممن روي عنهم ذلك أبو هريرة وابن عباس وغيرهما[١]. وممن رجح هذا من المفسرين ابن جرير الطبري[٢] والقرطبي[٣].

كما أن هناك آيات كثيرة تدعو ولاة الأمور إلى أن يحكموا بشرع الله تعالى[٤].

---

(١) انظر تفسير الطبري: جـ٨ ص٤٩٧،٤٩٨ .

(٢) هو الإمام الجليل المجتهد المطلق محمّد بن جرير بن يزيد، أبو جعفر الطبري من أهل طبرستان، وهو أحد أئمة الدنيا علماً وديناً، وكان شجاعاً في الحق لا تأخذه في الله لومة لائم، له تصانيف عظيمة النفع منها "كتاب التفسير" وكتاب "التاريخ" و"كتاب اختلاف العلماء" وغيرها كثير، كان مولده سنة ٢٢٤هـ ووفاته سنة ٣١٠هـ – انظر : طبقات الشافعية الكبرى: جـ٣ ص١٢١ وما بعدها طبع عيسى الحلبي سنة ١٣٨٤هـ.

(٣) انظر تفسير الطبري: جـ٨ ص٥٠٣ ، القول المرتضى: ق٣ ب.

(٤) وكذلك كقوله تعالى:﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللّهُ إِلَيْكَ فَإِن تَوَلَّوْاْ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيراً مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾[المائدة:٤٩] وقوله تعالى:﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾[المائدة:٤٤] .

والمتنازعين من العباد إلى التحاكم إلى شرعه سبحانه[1]. وهذان الأمران لا يتمان إلا بحضور المتخاصمين إلى مجالس الحكم، وبذا يكون الحضور وتلبية نداء الحاكم واجبين، لأن ما لا يتم الواجب إلا به يكون واجباً.

وإذا كان الحضور إلى مجلس الحكم بناءً على دعوة القاضي واجباً دينياً على المدعو، فهو أيضاً واجبٌ دنيوي يترتب على التخلف عنه جزاءات دنيوية، منها جواز تعزيره من قبل الحاكم الداعي، وجواز القضاء عليه مع غيابه عند جمهور الفقهاء، كما سيأتي:

ولكن متى يجب على القاضي أن يدعو أحد الخصوم إلى مجلسه؟

الجواب على هذا السؤال يختلف في المذاهب الفقهية كما يلي:

ففي المذهب الحنفي:

يفرق بين حالتين: الأولى: أن يكون المدعى عليه قريباً من مجلس القضاء بحيث لو أحضره القاضي أمكنه أن يرجع إلى منزله، فيبيت فيه، والثانية: أن يكون بعيداً عن مجلس القضاء بحيث لو أُحضر إليه لما أمكنه ذلك:

– ففي الحالة الأولى يجب على القاضي إحضاره، بل بمجرد الدعوى[2]، إذ لا يتم إنصاف المظلومين من الظالمين إلا بذلك.

– وفي الحالة الثانية لا يجب على القاضي إحضاره، بل لا يجوز له ذلك بمجرد الدعوى، لأن حضور مجلس القضاء يزري ببعض الناس، وقد لا يكون للمدعي غرض من دعواه إلا أذيةُ خصمه، وإنّما يجب عليه إذا استطاع المدعي أن يعضده دعواه ببيّنةٍ يقيمها، فإن فعل أمر القاضي بإحضاره، ثم إذا حضر أعيدت البينة من أجل القضاء بها، وذهب بعضُ الحنفية إلى

---

(١) وذلك كقوله تعالى: ﴿ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً ﴾ [النساء: ٥٩] وقوله تعالى: ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً﴾ [النساء: ٦٥]

(٢) مباحث المرافعات: ص٣٨، ٣٩.

أنه لا يطلب من المدعي بيّنةً من أجل إحضار خصمه، وإنّما يكتفى منه باليمين على صدق دعواه، فإن حلف أمر القاضي بإحضار خصمه وإلا فلا[1].

وفي المذهب المالكي:

يفرق بين القريب والبعيد، وحد البعد عندهم مسيرة ثلاثة أيام، وهي قريبة من مسافة القصر، وقد قدرها بعضهم بستين ميلاً[2].

فأما القريب فينبغي على القاضي أن يأمر بإحضاره، فإن تغيب لغير عذرٍ أحضره قهراً[3]، على أنه لايأمر بإحضاره إلا إذا قدّم المدعي وجهاً يستوجب إحضاره، فإن أظهر حجةً أو قولاً يوجب ذلك أجابه، وإن لم يظهره على شيءٍ لم يأمر بإحضاره لا سيما في المواضع التي تبعد، لأن بعض الناس يصيبهم أذى كبير من حضور مجلس الحكم، كما أن بعض الناس يتعمدون إيذاء غيرهم بجرهم إلى مجالس الحكام[4].

وأما إذا كان المطلوب بعيداً عن مجلس القضاء أكثر من مسافة القصر فإنه لا يجب إحضاره من هذا البعد، وفي ذلك قال ابن سلمون: (ومن له على غيره دعوى دعاه إلى القاضي، فإن أجاب، وإلا دفع اليه القاضي طابعاً ليرتفع به إلى المطلوب إذا كان في مصر الحاكم أو على الأميال اليسيرة، ولا يشخص من البعد خصماً ولا شاهداً، والبعد ستون ميلاً كما ذكره سحنون في العتبية)[5].

واذا كان الأمر كذلك بالنسبة للبعيد، فما هو السبيل الذي ينبغي سلوكه من أجل محاكمته؟.

والواقع أن في مسلك المالكية هذا مغالاة في رعاية الغائب البعيد، **إلا انهم خففوا منها**

---

(١) المرجع السابق.

(٢) العقد المنظم للحكام: جـ٢ ص١٩٩، الطريقة المرضية: ص٢٩.

(٣) القول المرتضى: ق٣أ

(٤) القوانين الفقهية: ص٢٨٧.

(٥) العقد المنظم للحكام: جـ٢ص١٩٩، الطريقة المرضية: ص٢٩.

بما يلي:

١- فقد أجازوا القضاء على الغائب البعيد إذا كان مع المدعي بينة، واستوفى الشروط الأخرى، والتي سيأتي ذكرها فيما بعد.

٢- فإن لم يكن معه بينة فقد جعلوا للقاضي الذي رُفعت إليه الدعوى أن يكتب لقاضي المدعى عليه ويطلب منه، أن يستجوبه، ويسجل ما يبديه من حجج، ثم يرسلها إليه، ثم ينظر في الدعوى على ضوء ما يصله من قاضي المدعى عليه[١].

٣- وذهب كثيرٌ منهم إلى أنه إذا كان مع المدعي شاهدٌ بدعواه كتب القاضي إلى المدعى عليه: إما أن تحضر أو ترضي خصمك[٢].

وفي المذهب الشافعي:

يجب إحضار الخصم الحاضر في البلد أو من كان قريباً من مجلس الحكم بحيث لا يبعد عنه فوق مسافة العدوى، وهي المسافة التي يرجع منها المبكر في خروجه إلى محله الذي خرج منه في نفس اليوم الذي خرج فيه[٣]. ولكنهم اشترطوا من أجل وجوب إحضار الخصم أن لا يعلم كذب المدعي، وأن لا يكون المدعى به مستحيلاً عادةً أو عقلاً، وقالوا أيضاً: ينبغي أن لا يكون المدعى عليه مستأجراً لعين إذا كان حضوره يعطل حقّه في استيفاء منفعة العين المستأجرة، وإنّما يحضره إذا انقضت مدة الإجارة، هذا وقد ضبطوا التعطيل المضرّ بأن يمضي زمن يقابل بأجرة وإن قلت[٤].

كذلك قالوا: لايجب على القاضي أن يأمر بإحضار الخصم إذا كان النزاع بين معاهدين، لأنه لا يلزمه الحكم بينهما[٥].

---

(١) القوانين الفقهية: ص٢٨٧ ، العقد المنظم للحكام: جـ٢ ص١٩٩.
(٢) القول المرتضى: ق٣ ب.
(٣) عماد الرضا: ق١٠ أ، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٨٦.
(٤) تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٨٩.
(٥) المرجع السابق.

وأما إذا كان المطلوب إحضاره بعيداً عن مجلس الحكم فقد ذكر ابن قدامة بأن الشافعية كالحنابلة يوجبون إحضاره وإذا حرر المدعي دعواه بأن ذكر فيها جميع الشروط المطلوبة[1].

والشافعية-كالمالكية والحنابلة- يجيزون القضاء على الغائب إذا كان مع المدعي بينة مقبولة،وبهذا يستطيع المدعي على الغائب البعيد أن يسلك هذا الطريق من غير أن يطلب إحضار خصمه[2]، وسيأتي ذلك مفصلاً في المبحث القادم إن شاء الله تعالى.

وفي المذهب الحنبلي:

مسلك قريب مما ذهب إليه الشافعية، فقد فصلوا بين القريب من مجلس الحكم والبعيد عنه فقالوا: إن المدعى عليه لا يخلو من أن يكون حاضراً أو غائباً.

فإن كان حاضراً في البلد أو قريباً منه وجب إحضاره، ولا يشترط في هذه الحالة أن يحرر دعواه، لأن ضرر فوات الحق أعظم من حضور مجلس الحكم، ويحضره الحاكم مهما كان حقيراً أو شريفاً، وسواءً أكان بينه وبين المدعي معاملة أم لا[3].

وأما إذا كان غائباً نظر، فإن كان في غير ولاية القاضي لم يكن له أن يعدي عليه، و لم يجب عليه إحضاره من طريق أولى، وأما إذا كان في ولايته، وكان له في بلد الخصم المطلوب خليفة، ينوب عنه في القضاء، فإن كانت للمدعي بينة سمعها وأثبتها، وكتب بها إلى خليفته، فيحكم بينهما على ضوئها، وإن لم تكن له بينة حاضرة أمره بمقاضاة خصمه عند خليفته، وأما إذا كان المستعدى عليه في ولاية القاضي، وكان بعيداً عن البلد، و لم يكن في بلده نائب عن القاضي ينظر في الخصومات، فإنه يطلب من المدعي أن يحرر دعواه، بأن يبسطها بالتفصيل، فإن كانت مستوفية جميع الشروط المتعلقة بالمدعي والمدعى عليه والحق المدّعى أمر

---

(١) المغني: جـ٩ ص٦٢،٦٣.

(٢) المهذب: جـ٢ ص٣٠٥، شرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ ص٣٠٨، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٨٦، حاشية الباجوري: جـ٢ ص٣٩٢.

(٣) كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٢،١٩٣.

القاضي بإحضار الخصم مهما كان بعيداً ومهما تكلف ذلك من مشقة، إذ لا بدّ من فصل الخصومة بين المتنازعين، فإذا اقتضى ذلك شيئاً من المشقة فعل ذلك[1].

وقالوا لا يجب إحضار الخصم إذا كان الشيء المدعى به تافهاً لا تتبعه الهمة، حتى ولو كان المدعى عليه حاضراً في البلد أو قريباً منه[2]، لأن ضرر فوات الحق في مثل هذه الحالة أخف من ضرر حضور بمجلس الحكم[3].

وهكذا فإن الحاصل عند الحنابلة أن القريب يحضر بمجرد الدعوى، ولا يطلب من المدعي تفصيل مطالبه، ولا ذكر الشروط المصححة للدعوى، والبعيد لا يحضر إلا إذا فصل المدعي دعواه وذكر جميع شروطها، ولكن مقتضى كلامهم أنه يجب على القاضي في القريب أن يستفسر عن بعض شروط الدعوى، فيسأل مثلاً عن المدعى به ليعلم إن كان تافهاً لاتتبعه الهمة أو غير تافه، لما قالوه من أن الحاكم لا ينبغي أن يعدي على خصم غائب عن المجلس بما لا تتبعه الهمة.

ويجدر بالذكر أن الحنابلة هم من الذين يجيزون القضاء على الغائب البعيد، ولذلك فإن المدعي على الغائب البعيد يستطيع أن يطلب الحكم على خصمه مع غيابه، ولا يطلب إحضاره إلا أنه يشترط في هذه الحالة أن يكون معه بينة بما يدعيه، فإن لم يكن معه بينة لم ينظر في دعواه[4]، وطريقه عندئذ أن يحرر دعواه فإن كانت مستوفية لشروطها، وكانت بشيءٍ تتبعه الهمة أمر القاضي بإحضار خصمه كما تقدم.

كيفية إحضار المطلوب:

وإذا وجب إحضار الخصم، فما هي الوسائل التي يتخذها القاضي من أجل ذلك،

---

(١) المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٦١، ٦٢، ٦٣.
(٢) غاية المنتهى: جـ٣ ص٤٤٥، كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٣.
(٣) كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٣.
(٤) كشاف القناع: جـ٤ ص٢٠٨.

وخصوصاً إذا امتنع المطلوب عن الامتثال لدعوة الحاكم؟

لا شك أن المدعى عليه إذا استجاب لدعوة خصمه، وحضرا معاً إلى القاضي فلا حاجة عندئذٍ لأي إجراء يتخذه من أجل إحضاره.

وأما إذا جاء المدعي إلى القاضي وقال له: إن لي على فلان حقاً، وهو في منزله توارى عني وليس يحضر معي، فإن القاضي ينظر في الدعوى، ويسأل عن مكان المدعى عليه المطلوب، فإن كان الحال بحيث ينبغي إحضار المطلوب أمر القاضي بإحضاره، وكانوا يفعلون ذلك بأن يدفع القاضي مع المدعي ختماً على قطعة شمع أو طين يكون مكتوباً عليها "أجب القاضي فلاناً"[1]، ثم هجر ذلك، وأصبح الإشعار بوجوب الحضور يرسل على قطعة قرطاس[2].

ثم إذا اطلع الخصم على الختم المرسل إليه وجب عليه الحضور ديانة وقضاء كما مر[3]، إلا إذا وكل عن نفسه من يرضاه لينوب عنه في المخاصمة، وإلا فإن أثبت المدعي أنه تعنت ورفض المجيء بعد أن أطلعه على ختم القاضي، فإنه يرسل إليه بعض أعوانه، فيحضرونه قهراً إذا وجدوه وامتنع عن الحضور[4]، ثم إذا حضر بمجلس القاضي وقام الدليل على تعنته وامتناعه من غير عذر أُدّب بما يراه القاضي مناسباً لمثله[5]، وذلك لأنه امتنع عن القيام بواجبين وهما: التحاكم إلى شرع الله بعد أن دعي إليه، وطاعة ولي الأمر في غير معصية، فإن كل مسلمٍ مأمور بفعلهما.

ثم إذا عجز الأعوان عن إحضاره بعث القاضي إلى صاحب الشرطة أو الوالي، فيعرفه

---

(١) أدب القاضي- الناصحي: ق٤ أ، العقد المنظم للحكام: جـ٢ ص١٩٩. المنهاج وشرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ ص٣١٣، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٨٩، أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق١٤ب. المغني لابن قدامة: جـ٩ص٦١، ٦٢، كشاف القناع: جـ٤ص١٩٢، جواهر الكلام: جـ٦ص٣٣٥.

(٢) أدب القاضي- الناصحي: ق٤ أ، المنهاج وشرحه للمحلى: جـ٤ ص٣١٣، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٨٩ .

(٣) انظر ص

(٤) القوانين الفقهية: ص٢٨٧.

(٥) أدب القاضي- الناصحي: ق٤ أ، أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق١٤ ب .المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٦١،٦٢.كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٢.

بالأمر، فيحضره إليه[1]، **وفي أثناء ذلك كله يحتمل حدوث صور مختلفة:**

١- فقد يمتنع المطلوب في موضع يتحصن به، فإذا فعل ذلك أخرجه أعوان القاضي أو شرطة الوالي أو السلطان بالتضييق عليه، أو بأية وسيلة أخرى، وقالوا: إذا امتنع المطلوب وطال أمره وأضر بصاحب الحق أُمر بالدخول عليه بهدم أو غيره، لأنه معاند للسلطان، فلا يأثم في فعل ذلك، لأنه يتعرض له في ملكه بحق لا باطل، ولكن هذا لا يصحُّ فعله إلا إذا تأكد وجوده في موضع معين[2].

٢- وأما إذا لم يغلب على الظن وجوده في مكان معين أمر السلطان بمن يثق به من أهل الصلاح بعزل النساء إلى ناحية من الموضع الذي يشك فيه، ثم يشرع في تفتيش ذلك المكان، ويفعل ذلك في كل مكان يشك أن الخصم موجود فيه[3] إلى أن يجده، فيخرجه ليأخذ منه، ويفعل في سبيل إخراجه كل ما يضطره إلى الخروج من عقل ضياعه ومنافعه وسد بابه[4].

٣- ولكن قد يختفي ولا يعثر عليه بعد استنفاد تلك الإجراءات جميعها، فإذا كان ذلك بعث القاضي من ينادي على بابه ثلاثاً، إنه إن لم يحضر سمر بابه وختم عليه (أي أُحكم إغلاقه بالمسامير والختم)، ويفعل ذلك ثلاثة أيام، وذلك من أجل أن تزول معذرة المطلوب بحيث إذا حضر بعدها، فاحتج على الحكم الصادر في حقه لم يقبل منه حجة ولا عذر[5].

٤- ثم إذا مضى وقت على تسمير الباب وختمه و لم يحضر إلى الحاكم، أرسل إليه شاهدين عدلين مع رسول ثقة ينادي بحضرتهما (يا فلان بن فلان إن القاضي يقول لك احضر مع خصمك فلان بن فلان بمجلس الحكم، وإلا نصبت وكيلا يخاصم عنك) ويفعل ذلك ثلاثة أيام، فإن لم يخرج أقام القاضي عنه وكيلاً، وحكم عليه بحضور وكيله، وهذا هو مذهب

---

(١) شرح أدب القاضي للحسام الشهيد: ق٧٢ أ، القول المرتضى: ق٥ ب، أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق١٤ ب المحرر في الفقه: جـ٢ ص٢١٠ .كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٢، ١٩٣.

(٢) القول المرتضى: ق٥ أ، العقد المنظم للحكام: جـ٢ ص٢٠٠.

(٣) القول المرتضى: ق٥ أ، الطريقة المرضية: ص٢٨.

(٤) العقد المنظم للحكام: جـ٢ ص٢٠٠.

(٥) العقد المنظم للحكام: جـ٢ ص٢٠٠. الطريقة المرضية: ص٢٨. تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٦١.

الشافعية[1] والحنابلة، وجماعة من المالكية وأبي يوسف من الحنفية، وهو المفتى به عندهم[2].

وتلك الإجراءات ذهب إليها جمهور الفقهاء، والواقع أنه لا يوجد نصوص تتناولها بصراحة، وإنّما ورد فعل ذلك عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم، فقد روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه أخرج امرأةً من الدار لأجل محاكمتها بعد أن امتنعت[3]، ولأنها السبيل الوحيد لأخذ الحق من الخصم خصوصاً إن لم يكن له مال معروف ينفذ عليه الحكم، كما أنه من الممكن تفريعها علىالأصول العامّة في التعزير في الفقه الإسلامي[4].

غير أن بعض الفقهاء رأوا حرمة الهجوم على بيت الخصم المطلوب ودخول داره في جميع الأحوال، وإنّما يكتفى عندهم بإعذاره بالطرق التي تقدم ذكرها، حتى إذا أصرّ بعد الإعذار على الامتناع وكّل القاضي عنه وكيلاً، وحكم عليه بحضرة وكيله، كما يقضي على الغائب البعيد، ولكن لا ترجى له حجة ولا يقبل له عذر بعد حضوره[5]، وهذا الاجتهاد هوالذي تبنته النظم الوضعية المعاصرة في إحضار الخصوم إذا تغيبوا أو امتنعوا عن إجابة دعوة المحكمة وهو ما سيأتي قريباً.

كيفية تكليف الخصم بالحضور في نظم الإجراءات الوضعية:

يوجب القانون في القضايا المدنية الحضور أمام المحكمة على جميع الخصوم، إلا أن ذلك لا يعني في النظم الوضعية أن هنالك وسيلة يمكن قهر الخصم بها وإجباره على الحضور، كإحضاره جبراً عنه أو توقيع عقوبة جنائية أو مدنية عليه بسبب تخلفه، ولكن معناه أن

---

(١) غير أن الشافعية يذهبون إلى أن الخصم الذي يتعزز ولا يقدر على إحضاره يحكم عليه مع غيابه، ولو لم يكن مع المدعي بينة، ويعتبر في هذه الحالة في حكم الناكل بعد أن ينادى عليه بأنه إن لم يحضر عُد ناكلاً – تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٨٨ .

(٢) شرح أدب القاضي للحسام الشهيد: ق٧٣ ب العقد المنظم للحكام: جـ٢ ص٢٠٠. الطريقة المرضية: ص٢٨. المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٦١،٦٢، جواهر الكلام: جـ٦ ص٣٣٥.

(٣) العقد المنظم للحكام: جـ٢ ص٢٠٠.

(٤) جواهر الكلام: جـ٦ ص٣٢٥.

(٥) الطريقة المرضية: ص٢٨. غاية المنتهى: جـ٣ ص٤٩٥، كشاف القناع: جـ٤ ص٢٩.

حضور الخصم هو الطريقة الطبيعية التي يمكن بها إبداء أقواله وطلباته أمام المحكمة، ولا يمنع تخلفه من نظر الدعوى في غيبته، ولا الحكم فيها، وإنما قد يعرض الخصومة للسقوط أو الإبعاد عن جدول قضايا المحكمة في بعض الأحوال[1].

وفي بداية الخصومة، وعندما يؤكد المدعي عزمة على مطالبة خصمه عن طريق القضاء، يضع المشرع على عاتقه واجب تكليف خصمه بالحضور، ولكن بكيفية نظمها ولا يعتبر التكليف بالحضور صحيحاً إلا بها، ويكون ذلك: إما قبل قيد الدعوى في قلم كتاب المحكمة، أو بعد ذلك، حسب النظم المختلفة، وقد أشرنا إلى ذلك في الفصل السابق.

ولكن من يقوم بهذه المهمة؟

لقد أصبحت مهمة التكليف بالحضور في النظم المعاصرة مهنة يتولاها أشخاص مختصون يسمون بالمحضرين[2]، لأن التكليف بالحضور لا يتم إلا عن ايديهم، وتختلف التشريعات المعاصرة في اعتبار هذه المهنة حكومية يعتبر أصحابها من موظفي الدولة، فيكونون بمثابة أعوان القاضي في الفقه الإسلامي، أو باعتبارها مهنة حرة، ينظمها القانون كبقية المهن الحرة، كما هو الحال في فرنسا[3]، على أن بعض النظم تجيز أن يقوم بهذه المهمة رجال الشرطة في بعض الأحوال[4] وذلك خلافاً لِما عليه الحال في التنظيم المصري للمرافعات[5].

ولا تصحُّ دعوة الخصم للحضور إلا كتابةً في صحيفة تسمى ورقة تكليف بالحضور أو ورقة الدعوة، **ويشترط أن تحتوي على بيانات محدده هي**[6]:

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية -محمد حامد فهمي: ص٤٧٠.
(٢) وقد وردت هذه التسمية في بعض كتب الإمامية من الشيعة - جواهر الكلام: جـ٦ ص٣٣٥.
(٣) أصول المرافعات -أحمد مسلم: ص٣٩٥.
(٤) المادة ٣٦ فقرة ١ من قانون المرافعات العراقي، وانظر أيضاً شرح قانون المرافعات العراقي - ضياء شيت خطاب :ص٢٥٦.
(٥) شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٣٣٧.
(٦) **انظر هذه البيانات في المادة ٦٣ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م والمادة ٣٥ من قانون المرافعات العراقي.**

١- اسم كل من المدعي والمدعى عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه. وذلك لكي يعلم المدعى عليه خصمه. وإذا كانت الدعوى مقامة من قبل الوكيل أو الولي أو الوصي فيجب بيان اسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وصفته وموطنه.

٢- اسم المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، لكي يعلم المخاطب المحكمة التي يجب عليه الحضور إليها من أجل الإجابة على دعوى المدعي.

٣- تاريخ اليوم والساعة المعينين للمحاكمة، ليعرف متى يجب عليه الذهاب إلى المحكمة المطلوب إليها.

٤- تاريخ تقديم الصحيفة، من أجل معرفة ما إذا كان المدعى عليه قد مُنح الميعاد القانوني للحضور أمام المحكمة أم لا.

٥- اسم المحضر الذي قام بتبليغ هذه الصحيفة، ليعرف إن قصر في مهمته، وكذلك ينبغي أن يوضع عليها ختم المحكمة ليعرف المطلوب أنها ورقة صادرة عن المحكمة فعلاً وليست مزيفةً.

٦- وقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيدها[1]، من أجل أن يجهز المدعى عليه دفاعه على أساس تلك الوثائق والطلبات والأسانيد.

علاقة المدعي بالمحضر:

لايجوز للمحضر أن يقوم بتكليف المدعى عليه بالحضور إلا بناءً على طلب المدعي، وقد يطلب منه ذلك من قبل المحكمة أو قلم الكتاب أو بناءً على نص قانوني[2]، فيجب عليه تلبية كل هؤلاء ولا يجوز له أن يقوم بذلك من تلقاء نفسه.

---

(١) المادة ٦٣ من قانون المرافعات المصري الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م .

(٢) المادة ٦ من قانون المرافعات المصري الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م . أصول المرافعات: ص٣٩٧ طبع سنة ١٩٦٨.

كما أن المدعي يتعاون مع المحضر في كثير من إجراءات إعلان المدعى عليه، وهو الذي يقوم بتحديد كثير من البيانات المطلوبة في ورقة التكليف بالحضور من اسم ولقب ومهنة وموطن وغير ذلك مما ذكرناه سابقاً.

وبسبب هذه الصلة بين المدعي والمحضر ذهب بعض علماء المرافعات إلى اعتبار المحضر وكيلاً للمدعي في مهمة تكليف المدعى عليه بالحضور، وفيما تحتاجه هذه المهمة من إجراءات مختلفة، إلا أن جمهورهم لا يرى ذلك في تكليف العلاقة بين المدعي والمحضر في النظم الإجرائية التي تجعل من المحضر موظفاً حكومياً، وأما في النظم التي تجعل من مهنة المحضر مهنة حرة كالمحاماه، فلا اعتراض علىالقول بأن المحضر يكون وكيلاً عن المدعي في مهمة تكليفه بالحضور[1]، وهذا رأي صحيح في نظرنا، لأن المحضر مأمور بتأدية وظيفته عند اكتمال الشروط، ولا يجوز له الأمتناع عنها إلا في الحالات التي لا تستوفى فيها الشروط الموجبة لذلك، وأما كون المحضر لا يقوم بمهمته إلا بناءً على طلب ذوي الشأن فهذا شرط في صحة التكليف الذي يقوم به المحضر، وحاله كحال مختلف الإجراءات التي تتوقف صحتها على توفر شروط معينة، بل إن أصل النظر في الخصومة لا يصح إلا بناءً على طلب ذوي الشأن، ولا يقال: إن القاضي يعتبر وكيلاً عن المدعي أو غيره، فإذا اكتملت الشروط الموجبة لتلبية طلب المدعي في تكليف خصمه بالحضور وجب على المحضر أن يقوم بالانتقال إلى موضع الخصم، وتسليم ورقة الدعوة إليه، **إلا أن هناك احتمالات كثيرة:**

١- فقد يعثر المحضر على المطلوب إحضاره في مكان ما، فيجوز في هذه الحال تسليم الورقة إليه، فإن رضي بذلك واستلمها صح التكليف، وإن لم يكن المدعى عليه في موطنه المعتاد أو المختار[2].

---

(١)أصول المرافعات: ص٣٩٥.

(٢) المادة ١٠ من قانون المرافعات المصري الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م . المرافعات المدنية – محمّد حامد فهمي: ص٤٣٧، شرح قانون الاجراءات المدنية: ص٣٣٧،٣٣٨، شرح قانون المرافعات العراقي – ضياء شيت خطاب :ص٢٦٠.

وقد لا يعثر المحضر على المطلوب، أو قد يمتنع أن يتسلم الورقة في غير موطنه، ففي هذه الحالة ينبغي على المحضر أن يتوجه إلى المطلوب إعلانه في موطنه، وتسليم الورقة له أو لوكيله[1].

٣- على أنه قد يكون المطلوب غائباً عن موطنه، ففي هذه الحالة يثبت المحضر غيابه، ويجوز له تسليم ورقة الدعوة إلى من يكون مقيماً معه من أقاربه، أو إلى خادمه، وإن لم يكن مقيماً مع مخدومه[2]. هذا ويدخل في مفهوم الخادم سائق السيارة أو الحارس أو بواب البناية[3].

٤- فإن قصده في موطنه لم يجده، و لم يجد له قريباً أو خادماً، وكذلك إن امتنع عن استلام الورقة، فيجب على المحضر في هذه الحالة أن يثبت غياب المطلوب أو امتناعه، ثم ينتقل إلى جهة الإدارة المختصة بموطن المطلوب فيسلمها صورة الإعلان، على أنه يجب على المحضر في كل مرة يسلم الورقة إلى غير الشخص المطلوب ممن يجوز تسليمهم أن يوجه إليه في موطنه الأصلي أو المختار كتاباً مضموناً يخبره فيه بمن سُلمت إليه الورقة، ويكون ذلك في خلال أربع وعشرين ساعةً وقت تسليم صورة الإعلان[4]. واعتبر شراح القانون هذا الإجراء شرطاً علق المشرع صحة التكليف بالحضور عليه، بحيث إن تم كان التكليف بالحضور صحيحاً من الوقت الذي سُلمت فيه الورقة لغير الشخص المطلوب، وإلا فيكون الإجراء باطلاً[5].

هذا ويجب على المحضر أن يثبت كل ما يقوم به من إجراءات فيبينها في أصل الإعلان وصورته خطوةً خطوة، فيبين انتقاله إلى محل المعلن إليه، ومخاطبته لشخصه أو لخادمه أو

---

(١) المادة ١٠ من قانون المرافعات المصري الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م .

(٢) المادة السابقة، شرح قانون الاجراءات المدنية: ص٣٣٩، المرافعات المدنية - محمّد حامد فهمي: ص٤٣٧، وانظر ايضاً المادة ١/٣٧ من قانون المرافعات العراقي.

(٣) شرح قانون المرافعات العراقي - ضياء شيت خطاب :ص٢٦٠، ٢٦١.

(٤) المادة ١١ من قانون المرافعات المصري الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

(٥) شرح قانون الاجراءات المدنية: ص٣٤٣ ، أصول المرافعات: ص٤١١.

قريبه، ثم يذكر واقعة الامتناع عن الاستلام،ثم يذكر انتقاله إلى الموظف المختص وتسليمه صورةالإعلان[1]، لأن هذه البيانات هي التي تبعث الثقة في إجراءاته وترفع عنها كل شبهة.

٥- وأما إذا لم يكن للشخص المطلوب محل معلوم في جميع أنحاء البلد، فيكون تكليفه بالحضور عن طريق تسليم ورقة التكليف للنيابة العامة، على أن يذكر فيها آخر موطن معلوم له في البلاد أو خارجها[2]، وفي هذه الحالة لا يكون التكليف بالحضور صحيحاً إلا إذا ثبت للمحكمة أن المدعي قد قام بجميع التحريات اللازمة للاهتداء إلى محل المدعى عليه فلم يجده[3].

وذهبت بعض النظم الوضعية في هذه الحالة إلى التبليغ بواسطة النشر في الصحف: ففي قانون المرافعات العراقي[4] إذا لم يكن للشخص المطلوب تبليغه محل إقامة أو سكن معلوم، وتحقق ذلك للمحكمة بعد الاستفسار من جهة مختصة كدائرة مختصة أو المختار ونحو ذلك، فيجري تبليغه بالنشر في صحيفتين يوميتين تصدران في منطقة المحكمة أو أقرب منطقة لها، ويكون تاريخ النشر في إحدى الصحيفتين تاريخاً للتبليغ، على أنه في الدعاوي الصلحية (الجزئية) يكتفى بالنشر في صحيفة واحدة[5].

٦- وأما إذا كان محل الشخص المراد تكليفه بالحضور موجوداً خارج حدود الدولة وكان المدعي يعلمه، فإنه يبين في ورقة الدعوة، وتسلم صورتها إلى النيابة العمومية لإرسالها إلى وزارة الخارجية، لكي توصلها إلى المطلوب بالطرق السياسية (الدبلوماسية)، وفي بعض النظم الأخرى تسلم الورقة إلى وزير العدل، وهو الذي يوصلها إلى وزارة الخارجية[6].

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية – محمّد حامد فهمي: ص٤٣٨ (حاشية)، شرح قانون الاجراءات المدنية: ص٣٤٣.

(٢) المادة ١٣/١٠ من قانون المرافعات المصري الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م .

(٣) المرافعات المدنية والتجارية – محمّد حامد فهمي: ص٤٣٩.

(٤) المادة ٣٦/ فقرة ٤ منه.

(٥) شرح قانون المرافعات العراقي – ضياء شيت خطاب :ص٢٥٩، ٢٦٠.

(٦) المادة ٣٦ فقرة ٣ من قانون المرافعات العراقي.

هذا وهناك طرق خاصة أخرى من أجل تكليف الأشخاص المعنوية والعسكريين والمسجونين والدوائر الرسمية ونحو ذلك، روعي فيها السرعة، والتأكد من حصول التكليف.

كما أن هنالك أوقاتاً محددة لا يجوز التكليف بالحضور في غيرها إلا في حالات استثنائية وهي غالباً ماتكون ساعات النّهار (من شروق الشمس إلى غروبها)[1]، وقد حددتها بعض القوانين بساعات معينة احتوت بصورة تقريبية جميع ساعات النّهار[2].

ثم إذا جرى تبليغ المدعى عليه بوجوب حضوره وفقاً للكيفية التي تقدّم ذكرها، وجب عليه الحضور في الوقت المعين أمام المحكمة التي ذُكرت في ورقة الدعوة، فإن لم يفعل نظر:

- فإن كان المحضر قد سلم ورقة الدعوة لشخص المدعى عليه حكمت المحكمة في الدعوى، واعتبر الحكم في هذه الحالة حضورياً بحيث لا يصحُّ له أن يطعن فيه بطريق المعارضة[3].

- وأما إذا كان التسليم قد حصل لغيره ممن يجوز تسليمهم قانوناً، فإنه يجب على المحكمة في غير الدعاوي المستعجلة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية، ويجب في هذه الحال أن يكلف المدعى عليه مرةً أخرى بالحضور في ميعاد الجلسة الجديدة، فإن لم يحضر حكمت المحكمة في الدعوى، وكان حكمها حضورياً[4]، إلا أنه ينبغي على المحكمة أن تتأكد من صحة التكليف الموجه للمدعى عليه قبل أن تحكم في القضية، فإن تبينت بطلانه وجب عليها تأجيل القضية إلى جلسة تالية يعاد تكليفه بالحضور إليها تكليفاً صحيحاً[5].

يظهر مما تقدم أن هناك خلافاً بين ما ذهب إليه فقهاء المسلمين وما ذهب إليه أهل القانون في إحضار الخصم المطلوب من عدة نواح:

---

(١) المادة ٤٠ من قانون المرافعات السابق.

(٢) المادة ٧ من قانون المرافعات المصري الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م .

(٣) المادة ٨٤ من قانون المرافعات المصري الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م .

(٤) الماده السابقة.

(٥) المادة ٨٥ من القانون المذكور.

١- فبينما يُكتفي في نظم الإجراءات الوضعية بدعوة الخصم للحضور بالكيفية المنصوص عليها في القانون، بحيث لا يجوز إجباره على الحضور رغماً عنه إذا امتنع، حتى ولو كان بجوار المحكمة الداعية له، نجد في الفقه الإسلامي أنه يجب على القاضي -بالتعاون مع وسائل القوة في الدولة- أن يحاول إحضار الخصم بأية وسيلة تيسرت، حتى ولو اقتضى ذلك قهره على الحضور، فيجوز للقاضي أن يسلك جميع سبل التضييق على المطلوب من تفتيش وختم الدار وتسميرها من أجل إخراج الخصم المطلوب وإحضاره إلى مجلس القاضي، وخصوصاً إذا لم يكن له مال ظاهر يمكن استيفاء الحق منه.

٢- ثم إن هنالك اختلافاً ظاهراً بين النظامين في كيفية إعذار الخصم المطلوب وذلك أنا نجد في كيفية الإعذار في الفقه الإسلامي مبالغة ليس لها مثيل عند أهل القانون، فإن إعذار المدعى عليه لا يتم في الفقه الإسلامي إلا بتكراره ثلاث مرات في ثلاثة أيامٍ متتالية، وبعدها يجوز للمدعي أن يطلب الحكم على خصمه غيابياً بحيث لا ترجى له حجة بعد قدومه، وأما نظم المرافعات فتعطي هذا الحق للمدعي إذا جرى تبليغ شخص المدعى عليه ولو مرةً واحدةً، وبعضها يشترط المرتين، فإن امتنع ولم يحضر حكم عليه، ولو يكن له حق معارضة الحكم الصادر عليه في غيابه.

٣- كما يظهر أن هناك اختلافاً بينهما من حيث البيانات التي ينبغي إطلاع الخصم المطلوب عليها عند دعوته للحضور إلى مجلس القضاء، فهما وإن اتفقا على ايجاب بيان كل ما من شأنه أن يساعد المطلوب على الامتثال: كإعلامه باسم المدعي والمحكمة ووقت المحاكمة وغير ذلك، إلا أنهما يختلفان في وجوب بيان أمرٍ مهم، وهو طلبات المدعي وأسانيد دعواه وسببها: فبينما نجد النظم المعاصرة تنص على بطلان إعلان المدعى عليه إذا لم يكن مذكوراً فيه هذه المعلومات، نجد الفقهاء المسلمين -كما هو ظاهرٌ من كتاباتهم التي أشرنا إليها سابقاً- لا يوجبون ذلك في إعذار المدعى عليه المتغيب.

ويعلل شراح القانون إيجاب بيان تلك المعلومات في ورقة الدعوة بأنها ضرورية لإتاحة الفرصة للمدعى عليه في أن يعرف ما هو منسوبٌ إليه أو مطلوبٌ منه، وأسباب طلبه قبل المثول أمام القضاء، فيفكر في أمره، فإما أن يسلم للمدعي بدعواه، ويبادر إلى تأدية المطلوب

منه، وإما أن يستعد لدفعها أمام المحكمة على ضوء ما وصل إلى علمه من طلبات وأسانيد لخصمه كما هو مبين في ورقة التكليف بالحضور[1].

والواقع أن بيان طلبات المدعي وسبب دعواه شرط في صحة الدعوى في الفقه الإسلامي، فلا بدّ لصحتها من التعريف بالشيء المطلوب تعريفاً يكفي لوضوح صورته لدى كل من المدعي والمدعى عليه والقاضي، وإذا كان المعتاد عندهم شفوية الادعاء فإنه كان لا بدّ من إسماع الخصم ما يدعيه المدعي، فيعرف ما هو مطلوب منه، ولكن الفقهاء لم يوجبوا على القاضي إذا بعث رسولاً للخصم أن يأمره بذكر هذه المعلومات في مناداته عليه، وذلك لأن القاضي لا يجوز له أن يعدي إنساناً على آخر غير حاضر إلا إذا تأكد من جدية طلب المدعي، وأنه لايقصد من دعواه اللدد والإضرار، ويكون ذلك بالنظر في موضوع الدعوى وأسانيدها.

وأما ما قاله علماء القانون من وجوب إتاحة الفرصة للمدعى عليه في أن يطلع على دعوى خصمه ليستطيع تجهيز دفاعه فقد احتاط له الفقهاء المسلمون من جانبٍ آخر، حيث أوجبوا على القاضي تلبية طلب المدعى عليه إمهاله من أجل تحضير جوابه على دعوى المدعي، وقد قدّمنا ذلك في الفصل الأول من هذا الباب.

٤- وتقدم أن الفقهاء يرون جواز تعزير المتخلف عن الحضور إلى مجلس الحكم بعد دعوته من قبل القاضي، فهم بذلك يعتبرون هذا التخلف نوعاً من المعصية التي يجوز التعزير على ارتكابها، ولا فرق في هذا بين قضيةٍ مدنية وقضيةٍ جنائية ولا نجد مثيلاً لهذا في نظم المرافعات المعاصرة[2].

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية -أبو هيف: ص٣٨٧، المرافعات المدنية - محمّد حامد فهمي: ص٤٦٣، أصول المرافعات - احمد مسلم: ص٥٠٠.

(٢) انظر: المرافعات المدنية والتجارية - محمّد حامد فهمي: ص٤٧٠ .

المبحث الثالث
في
محاكمة الغائب

المقصود بالغائب:

لا يقصد بالغياب-في هذا المقام- مجرد الغياب عن مجلس الحكم، فإن الفقهاء يكادون يتفقون على أن الغائب عن مجلس الحكم، الحاضر في البلد لا يصحُّ الحكم عليه إلا بعد إحضاره[1] وفقاً للكيفية التي تقدم ذكرها في المبحث السابق. على أنهم لم يخل من بينهم من عمم المقصود بالغائب الذي يجوز الحكم عليه مع غيابه، فجعله يشمل كل غائب عن مجلس الحكم حتى ولو كان قريباً منه[2]، ولكنه رأي مرجوح لا يعمل به، وقد ذهب اليه ابن حزم الظاهري[3].

هذا وقد وضع الفقهاء حداً للقرب الذي يعتبر به الشخص حاضراً لا يجوز الحكم عليه الا بعد حضوره، ومع أن هنالك بعض الخلاف في تحديده الا أن اجتهاداتهم فيه متقاربة إلى حد بعيد:

- فعند المالكية يعتبر قريباً من لم يبعد عن مجلس القضاء أكثر من مسيرة ثلاثة أيام، ولكن يشترط أن تكون الطريق التي توصله إلى الموقع الذي فيه مجلس الحكم آمنة، وإلا فإن

---

(١) القوانين الفقهية: ص٢٨٧، تبصرة الحكام: جـ١ ص١٣٥، الشرح الكبير: جـ ٤ ص١٦٢، الطريقة المرضية: ص٤١، فتح العلي المالك: جـ٢ ص٣٠١، أدب القضاء - ابن أبي الدم: ق٤٣ ب، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٨٦، المحرر في الفقه: جـ٢ ص٢١٠، كشاف القناع: جـ٤ ص٢٠٩، التاج المذهب: جـ٤ ص١٩٣ .

(٢) المهذب: جـ٢ص٢٠٤، أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٤٣ب.

(٣) المحلى: جـ٩ص٣٦٦، وما بعدها.

هذه المسافة تعتبر بعيدة[1].

- وعند الشافعية قولان: الأول- يذهب إلى أن حد البعد هو مسافة القصر، وذلك لأن الشارع اعتبرها في مواضع كثيرة[2]، والثاني- يذهب إلى أن حد البعد هو مسافة العدوى، وقد فسروها بأنها المسافة التي يقطعها الشخص ذهاباً وإياباً بحيث إذا خرج من بيته مبكراً عاد إلى أهله في نفس اليوم الذي خرج فيه[3].

والمبكر هو من يخرج قبيل طلوع الشمس،وذلك لأن في إيجاب الحضور من مسافة تزيد عن هذه مشقة بمفارقة الوطن ليلاً[4].

- وعند الحنابلة البعد هو ما زاد عن مسافة القصر، ولا خلاف عندهم في ذلك[5].

فالأصل إذن في تحديد الغائب والحاضر يعودُ إلى المسافة التي تفصل المطلوب عن مجلس الحكم، إلا أن هناك حالات لا ينظر فيها إلى المسافة، **وإنّما إلى الغياب عن المجلس فقط وهذه هي:**

١- الامتناع والتمرد عن الحضور: فمن كان حاضراً في البلد أو قريباً من مجلس الحكم، ودُعي للحضور إليه ، فامتنع عن تلبية ذلك، وتمرد على طالبيه، بحيث عجزوا عن إحضاره، فإنه يعامل معاملة الغائب، بل أشدُّ معاملةً كما سيأتي، ومثل الامتناع والتعزز الاستتار في البلد، ومثلهم الهارب (أي بعد حضوره إلى المجلس)[6].

٢- المفقود: فإنه يُعاملُ معاملة الغائب أيضاً، بل سنرى أن الحنفية يرون جواز القضاء

---

(١) تبصرة الحكام: جـ١ص١٣٥، الشرح الكبير: جـ٤ص١٦٢، فتح العلي المالك: جـ٢ص٣٠١، الطريقة المرضية: ص٤١.

(٢) تحفة المحتاج: جـ١٠ص١٨٦.

(٣) عماد الرضا: ق١٠أ، تحفة المحتاج، جـ١٠ص١٨٦، فتح المعين وإعانة الطالبين: جـ٤ص٢٣٣.

(٤)تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٨٦

(٥)كشاف القناع: جـ٤ ص٢٠٨، الروض الندي شرح كافي المبتدي: ص٥٦٥، الفروع: جـ٣ ص٨٢٨، كشف المخدرات: ص٥١٣.

(٦) مغني المحتاج: جـ٤ ص٤٠٦.

عليه، مع أنهم في الأصل لا يجيزون القضاء على الغائب.

٣- كل من لا يستطيع التعبير عن نفسه في جواب الدعوى كالميت والصغير والمجنون[١]. وألحق بعضهم بهؤلاء المسجون الذي لا يقدر الوصول إليه، والحاضر في البلد الواسع الذي لا يهتدى إلى مكانه إلا بعد مضي مدة المسافة التي يجوز الحكم فيها على الغائب المعروف مكانه[٢].

مذاهب الفقهاء في محاكمة الغائب:

أما القضاء للغائب فلا خلاف بين الفقهاء في عدم جوازه إلا تبعاً، وذلك بأن يقضى للحاضر، فيلزم من ذلك القضاء للغائب[٣]، ويكون ذلك إذا كان بين الغائب والحاضر اتصال في الحق المدعى، ويوجد هذا كثيراً بين الورثة، وذلك كما لو ادعى شخص أن أباه قد توفى عنه وعن أخٍ له غائب، وأن للميت عند فلان عيناً أو ديناً، فثبت بإقرار أو بيّنة، فإنه يقضي للأخوين الحاضر والغائب، فيأخذ الحاضر نصيبه، ويُجعلُ نصيب الغائب عند القاضي، يدفعه له عند قدومه، كما قد يوجد في قضايا الوقف، كما لو قضى بالوقف لجهة من الجهات، فإنه يدخل فيه من لم يخلق تبعاً، وهكذا[٤].

غير أنه لا يصحُّ القضاء للغائب أصالة، والسبب في ذلك -كما نعتقد- أنه لا يجوز القضاء للعبد بحقٍّ من حقوقه إلا بناءً على طلبه أو طلب وكيله، فإذا أضفنا إلى هذه القاعدة أن العبد غير مجبرٍ على المطالبة بحقّه تبين لنا أن الغائب الذي له حقٌّ عند غيره ولم يوكل أحداً بطلبه لا يجوز الحكم له به، إلا في تلك الحالة التي قدّمناها.

وإذا كان الفقهاء متفقين على عدم جواز الحكم للغائب، إلا أنهم اختلفوا كثيراً في القضاء

---

(١) المهذب: جـ٢ ص٣٠٤،٣٠٥ ، عماد الرضا ببيان أدب القضا: ق١٠أ ، كشاف القناع: جـ٤ ص٢٠٨،٢٠٩، المحرر في الفقه: جـ٢ ص٢٠٠، الفروع: جـ٣ ص٨٢٨، الروض الندي: ص٥١٥ ، جواهر العقود: جـ٢ ص٣٦١.
(٢) التاج المذهب: جـ ٤ ص١٩٣ .
(٣) الفروع: جـ٣ ص٨٣٠، غاية المنتهى: جـ٣ ص٤٦٠، الأصول القضائية: ص٣٦ وما بعدها.
(٤) الفروع: جـ٣ ص٨٣٠، غاية المنتهى: جـ٣ ص٤٦٠، الأصول القضائية: ص٣٦،٤٦.

عليه، وإذا جاز لنا أن نصنّف بإجمال الفقهاء في هذه المسألة إلى مانعين للقضاء على الغائب، وعلى رأسهم الحنفية، ومجيزين له، وهو بقية المذاهب في الأقوال الراجحة، فإن هذا التصنيف ليس دقيقاً في واقع الأمر، **إذ لا بُدّ من التفريق بين أسباب الغياب وفقهاء المذاهب:**

أولاً- فإن شقة الخلاف تضيق إلى حد ما بين المذاهب بالنسبة للمتمرد والمستتر عن مجلس الحكم، فإذا وجب الحضور على شخص ما، ودُعي إليه من قبل الحاكم، فلم يمتثل وتمرد على الحضور، فلم يقدر عليه أو اختفى عن الأعين، أو هرب بعد أن حضر مجلس الحكم، ورأى الحقّ يكادُ يثبتُ عليه بالبيّنة الشرعية، فإن الفقهاء -في هذه الحالة- يكادون يتخذون موقفاً موحداً اتجاهه، مع اختلاف في التطبيق، وذلك أنهم يجيزون الحكم عليه، وإن كان غائباً، ولا يقبلون منه حجةً.

- فإن المفتى به في المذهب الحنفي أن المتمرد أو المستتر يُعذر مراتٍ ثلاثاً، بأنه إن لم يحضر نصب القاضي عنه وكيلاً وقضى عليه[1]، وهذا هو ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية، وهو المفتى به في المذهب الحنفي، إلا أن الإمام محمداً من أصحاب أبي حنيفة لم يرَ جواز القضاء على الغائب حتى ولو كان متوارياً، وهي روايةٌ عن الإمام أبي حنيفة[2].

-وذهب الحنابلة إلى مثل مذهب أبي يوسف، فأجازوا القضاء على الممتنع عن الحضور ولو كان حاضراً في البلد، وذلك بعد تنصيب القاضي وكيلاً عنه[3].

- وأما الشافعية فقد ذهبوا إلى صحة القضاء على الممتنع، ولو كان قريباً من مجلس الحكم،وكذلك المتغيب[4]، ولكنهم قالوا: إن تماديه في التمرد والاستتار يعتبر نكولاً منه، فتردُ

---

(١) البحر الرائق: جـ٧ ص١٩، ٢٠، موجز في المرافعات: أحمد إبراهيم:ص ١٢٣، ١٢٤ ، مباحث المرافعات: ص١٩٠، ١٩١.
(٢) شرح أدب القاضي: ق٧٣ أ.
(٣) المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٦١، ٦٢.
(٤)أدب القضاء - ابن أبي الدم: ق٤٣ ب . المهذب: جـ٢ ص٣٠٤، عماد الرضا: ق١٠أ. حاشية الباجوري: جـ٢ ص٣٩٢.

اليمين على المدعي، فإن حلف قُضي له وإن لم يكن معه بيّنة[1].

- وكذلك المالكية أجازوا القضاء على المتمرد الذي اعيى السلطان أمره، فقالوا: تسمع عليه البيّنة، ويُقضى عليه بالحقّ، ولا تُرجى له حجة إذا ظهر بعد ذلك عقوبة له[2].

ثانياً- وكذلك اتفق فقهاء المذاهب على جواز القضاء على الغائب المفقود وهو الشخص الذي لا يُعلم مكانه، وهو يختلف عن المستتر، فإن هذا يختفي بعد أن يصل إلى علمه أنه مطلوب للقضاء، وأما المفقود فيكون مجهول المصير قبل أن ترفع عليه الدعوى.

فأما المذاهب غير الحنفية فيجوز الحكم عليه عندهم، لأنهم يجيزون القضاء على الغائب المعروف المكان، فيجوز القضاء على المفقود من طريق أولى، إذ بغير ذلك تضيعُ الحقوق المتصلة به، أو أنها تعلق على مصير مجهول، وأما الحنفية فقد صرحوا بصحة القضاء على المفقود ونفاذه، وأنه مستثنى من الغائب الذي لا يجوز القضاء عليه، ولكن قالوا بوجوب تنصيب وكيل يدافع عنه، ويُقضى عليه[3].

ثالثاً- وأما الميت، فيجوز الحكم عليه إذا لم يكن له وصي أو وارث، فإنه لا خلاف في ذلك بين فقهاء المذاهب غير الحنفية، ولكن بشرط أن يكون مع المدعي حجةٌ شرعيةٌ[4].

وأما الحنفية فعندهم: الذي يخاصم عن الميت وارثه أو وصيه، أو شخص موصى له من قبله بأكثر من الثلث، فإن لم يوجد أحد هؤلاء كانت تركة الميت ملكاً لبيت مال المسلمين، فإذا ادعى مُدعٍ حقاً فيها كان للقاضي أن ينصب قيماً حتى يسمع خصومه المدعي في حقوق المسلمين[5].

---

(١) تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٨٨ .
(٢) القول المرتضي: ق٥ أ، العقد المنظم للحكام: جـ٢ ص٢٠٠، الطريقة المرضية: ص٤١،٤٢.
(٣) البحر الرائق: جـ٧ ص١٨ .
(٤) المهذب: جـ٢ ص٣٠٤،٣٠٥ ، كشاف القناع: جـ٤ ص٢٠٨،٢٠٩، جواهر العقود: جـ٢ ص٣٦١.
(٥) الأصول القضائية: ص٤٧.

رابعاً– وأما القضاء على من لا يستطيعُ أن يعبر عن نفسه كمجنون وصغير، فقد ذهب إلى جوازه المذاهب الفقهية غير الحنفية، واشترطوا في صحته أن يكون مع المدعي بيّنةٌ مقبولةٌ، وجعلوا الحقّ للمقضي عليه في معارضته الحكم الصادر في حقّه إذا أفاق أو كبر[1].

والظاهر من شروط الدعوى عند الحنفية أنهم لا يجيزون القضاء على غير البالغ العاقل، وهؤلاء يدافع عنهم النائب الذي نصبه الشارع لحماية مصالحهم وقضائها. ونرى أن الحق في هذه المسالة مع الحنفية، لأن روح الشريعة لا يسمح بأن يوجد شخص ضعيف لا يستطيع الدفاع عن مصالحه لنقصٍ في عقله من غير تنصيب شخص يتولى هذا الدفاع عنه، وإن وجد من لا ولي له فالقاعدة أن الحاكم ولي من لا ولي له، وفي كل حالة يطلب الحكم على المجنون أو الصغير ينبغي رفع الدعوى على وليه أو نائبه الشرعي، لأنه لا يجوز التسليم لمن ادعى عليه، حتى ولو كان معه بيّنة، فقد لا تكون هذه عادلة، أو قد يكون له مدفع آخر. فإن قيل: إن المقضي عليه الصغير أو المجنون إذا كبر أو أفاق كان له دفع الحكم الصادر عليه، فالجواب أن هذا غير كافٍ في الاحتياط لهم، فقد لا يفيق المجنون، كما أن المقضي له قد يتصرف فيما حُكم له به قبل إفاقة المجنون وبلوغ الصغير، وقد يؤدي ذلك إلى الإضرار بمصالحهم.

خامساً– والواقع أن الخلاف الأساسي بين الحنفية وغيرهم من المذاهب الفقهية الأخرى يظهر بوضوحٍ في القضاء على الغائب البعيد المعروف المكان. وقبل تفصيل هذه المسألة، فإننا ننبه إلى أن المختلف فيه بين الفقهاء هو القضاء على الغائب. وليس سماع البيّنة عليه، ففي هذه الأخيرة لا يختلف الفقهاء في جواز سماع البينة على الغائب من أجل تسجيلها خوفاً من ضياعها، ولا يعتبر هذا التسجيل قضاءً على الغائب[2]، وإنّما الخلاف هو في القضاء على الغائب، وهي المسألة التي نفصلها فيما يلي:

---

(١) المهذب: جـ٢ ص٣٠٤،٣٠٥ ، كشاف القناع: جـ٤ ص٢٠٨،٢٠٩، جواهر العقود: جـ٢ ص٣٦١.

(٢) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: جـ٢ ص٢٩٧، أدب القضاء –ابن أبي الدم:ق٤٤ أ، مغني المحتاج: جـ٤ ص٤٠٦ طبع سنة ١٣٧٧هـ، الافصاح عن معاني الصحاح:ص٤٢٩.

المذهب الحنفي:

إن المتتبع لِما كتبه علماء الحنفية في هذه المسألة يجد اضطراباً كثيراً في أقوالهم[1]، والذي يظهر للمتأمل أن موقفهم من مسألة القضاء على الغائب قد تطور بعد عهد الإمام أبي حنيفة من مغالاة في المنع، وإطلاق ذلك في كل غائب، إلى موقف أكثر قرباً من حيث النتائج العملية من المذاهب الأخرى التي تكاد تتفق على جواز القضاء عليه مطلقاً، **ويتجلى هذا التطور في المظاهر التالية:**

١- فقد كان الإمام الأعظم -وتبعه في ذلك تلميذه محمد بن الحسن الشيباني- يقول بعدم جواز القضاء على الغائب مهما كان سبب غيابه، حتى ولو كان حاضراً في البلد وامتنع عن الحضور، ولو يقدر عليه الوالي. فلما ظهر أبو يوسف من تلاميذ أبي حنيفة، وخصوصاً بعدما تولى القضاء، ذهب إلى جواز القضاء على المستتر أو الممتنع عن الحضور بعد المبالغة في طلبه وإعذاره، والتوكيل عنه، ولعل اتصال أبي يوسف بالقضاء،وممارسته مدة طويلة كان له أثر فعّال فيما ذهب إليه، فلربما أكدت له خبرته العملية أن بعض الناس ممن فسدت ضمائرهم يتخذون من الغياب والاستتار وسيلةً للهروب من دفع الحقوق إلى أصحابها، ولعل فساد الذمم، وقلة التقوى بين الناس في عهود عاشها القاضي أبو يوسف لم تكن موجودةً في بيئة أبي حنيفة وعهده.

٢- وكذلك لم يجز أبو حنيفة ومحمد القضاء على الذي هرب من مجلس الحكم بعد إقامة البيّنة عليه، بينما ذهب أبو يوسف إلى جواز القضاء عليه في هذه الحالة[2]، وقد قال

---

(١)البحر الرائق: جـ٧ ص١٧ ،الأصول القضائية: ص٢٩١، ٢٩٢.

(٢) روضة القضاة - السمناني: ق٣٨ أ، موجز في المرافعات القضائية - أحمد إبرهيم:ص١٢١،١٢٢، مباحث المرافعات: ص١٩١، ١٩٢.

شمس الأئمة الحلواني[1] من الحنفية: (هذا أرفق بالناس)[2]، والسبب في ذلك هو ما ذكرنا من اتصال أبي يوسف بمشاكل الناس أكثر من غيره، فإن مواضع الرفق والعسر والحرج يتحسسها من يمارس الحياة القضائية والفصل في خصومات الناس أكثر ممن يعتمد على التصور والدراسة النظرية. ونذكر في هذا المقام أن الجميع متفقون على صحة القضاء على من حضر مجلس الحكم وأقرّ بالحقّ المدعى عليه، ثم هرب بعد إقراره، وقبل صدور الحكم عليه، والفرق بين هذه الحالة والتي قبلها أن المدعى عليه له الحق في الطعن في البينة التي تقام عليه، وليس للمقر الطعن فيماسبق من إقراره[3].

٣- ثم ظهر بعد ذلك من علماء الحنفية من أجاز القضاء على الغائب غير الممتنع إذا كان بعيداً بتنصيب وكيل يسخر عنه، فيجيب عن دعوى المدعي، فينكر أو يدفع الدعوى[4]، وقد روي هذا المذهب عن خواهر زادة[5].

٤- وأخيراً ذهب كثيرٌ من علماء الحنفية المتأخرين إلى أنه ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار المصالح والضرورات في كل حالة على حدة، فإذا اقتضت المصلحة أو الضرورة أن لا يؤخر الحكم إلى وقت حضور الغائب وجب الحكم عليه إن قامت الأدلة ضده، وفي ذلك يقول ابن قاضي سماوة في «جامع الفصولين» ما نصّه: (أقول: قد اضطربت آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم على الغائب وله، ولم يصف، ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر تبنى عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال، فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ويحتاط ويلاحظ الحرج

---

(١) هو عبد العزيز بن أحمد شمس الدين الحلواني أو الحلوائي نسبة لبيع الحلواء، كان إمام الحنفية في وقته ومن تصانيفه ، "المبسوط" توفى سنة ٤٤٨هـ انظر: تاج التراجم في طبقات الحنفية: ص٣٥ والفوائد البهية: ص٦٥.

(٢) فصول الأحكام: المرغيناني: ق٣٠ ب.

(٣) المرجع السابق، الفواكه البدريه وحاشية المجاني الزهرية: ص٦٥.

(٤) البحر الرائق: جـ٧ ص١٧، جامع الفصولين: جـ١ ص٥٣.

(٥) هو محمّد بن الحسين البخاري المعروف بأبي بكر خواهر زادة، قال السمناني: كان إماماً فاضلاً نحوياً، وله طريقة حسنة مفيدة جمع فيها من كل فن، وله المختصر والتجنيس والمبسوط، توفى سنة ٤٨٣هـ - انظر تاج التراجم في طبقات الحنفية: ص٦٢، والفوائد البهية: ص١٦٣.

والضرورات فيفتي بحسبها جوازاً أو فساداً، مثلاً: لو طلق امرأته عند العدول فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه، أو يعرف ولكن يعجز عن إحضاره وعن أن تسافر إليه أو وكيلها لبعده أو لمانع آخر كأن لا يرضى أحدٌ بالوكالة، وكذا المديون لو غاب عن البلد وله نقد في البلد أو نحو ذلك، ففي مثل هذه المواضع لو برهن على الغائب بحيث اطمأن قلب القاضي وغلب على ظنّه أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه، فينبغي أن يحكم على الغائب وله، وكذا ينبغي للمفتي أن يُفتي بجوازه دفعاً للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع مع أنه مجتهد فيه ذهب إلى جوازه الشافعي ومالك وأحمد بن حنبل، وفيه روايتان عن أصحابنا، والأحوط أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعي جانب الغائب ولا يفرط في حقه، فينصب الأولى ثم الأولى والله أعلم)[1].

والظاهر مما جاء في "جامع الفصولين" ومما نقله صاحب "البحر الرائق" عن "منية المفتي" أن هنالك روايتين عن أئمة الحنفية في مسألة القضاء على الغائب، ولعل هذا هو السر وراء ذلك الاضطراب الواقع فيها.

ونعتقد أن ما ذهب إليه صاحب كتاب ((جامع الفصولين)) هو أصل المذهب الحنفي، ويدلُّ على ذلك الاستثناءات الكثيرة التي وضعوها، والتي هي في حقيقتها حالات تحققت فيها الضرورة أو المصلحة فاقتضى ذلك جواز القضاء على الغائب، ولكن المتأخرين اعتبروا هذه الحالات استثناءات محصورة ومحددة لا يجوز الإضافة عليها، ولعل الواقع أنها مجرد أمثلة على قاعدة عامّة في المذهب تنصُّ على أنه يجوز القضاء على الغائب إذا اقتضى ذلك الضرورة أو المصلحة أو رفع الحرج، ويدلُّ على ذلك أنها جميعها حالات تتحقق فيها الضرورة أو الحاجة، **ونذكر فيما يلي هذه المستثنيات ليتضح ما ذكرناه:**

١- إذا اشترى شخص من آخر شيئاً وجعل له الخيار بالرد في مدة معينة، ولكن البائع اختفى، وأراد المشتري الرد في خلال المدة، فله في هذه الحالة أن يطلب من القاضي أن

---

(١) جامع الفصولين: جـ١ ص٥٩، ٦٠.

ينصب خصماً عن البائع ليرد عليه[1].

٢- إذا كفل شخص آخر للدائن على أنه إن لم يوفِ المديون دينه في مدة معينة فإن الدين يكون على الكفيل، فغاب الدائن في المدة المعينة، كان للكفيل أن يرفع الأمر للقاضي ويطلب منه تنصيب وكيل عن الدائن ليسلم إليه. فإذا فعل يبرأ الكفيل[2].

٣- إذا علق المديون طلاق امرأته على عدم قضاء الدين في مدة معينة، ثم غاب الدائن في المدة المعينة، وخاف الحالف الحنث، فإن القاضي ينصب وكيلاً عن الغائب ويدفع الدين إليه ولا يحنث[3].

٤- إذا جعل الزوج أمر زوجته في يدها إن لم تصلها نفقتها في مدة معينة فتغيب فإن القاضي ينصب من يقبض لها نفقتها إذا رفعت أمرها إليه، فإذا فعل لم يجعل أمرها في يدها[4].

٥- إذا توارى الخصم، فالقاضي يرسل أميناً ينادي على بابه ثلاثة أيام، ثم ينصب عنه وكيلاً للدعوى، وهو قول أبي يوسف[5].

٦- ونقل القاضي ابن أبي الدم عن الحنفية أنهم يجيزون القضاء على الزوج الغائب بنفقة زوجته وأولاده، وكذلك بنفقة حيوان غاب عنه[6].

٧- وكذلك أجازوا القضاء على الغائب وله تبعاً، وذلك بواسطة الحكم على حاضر بينه وبين الغائب اتصال في الحق المدعى، كأن يكون ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعى على الشخص الحاضر، ومثاله، ما لو ادعى شخص على آخر ميراثاً أو نفقة لأنه أخوه سمعت

---

(١) البحر الرائق: جـ٧ ص٢٠.
(٢) البحر الرائق: جـ٧ ص٢٠.
(٣) الأصول القضائية: ص٢٩٠، ٢٩١.
(٤) المرجع السابق.
(٥) البحر الرائق: جـ٧ ص٢٠.
(٦) أدب القضاء: ق٤٤ أ.

منه هذه الدعوى، وجاز أن يبرهن عليها، وهي وإن كانت مشتملة على دعوى النسب من والد المدعى عليه، وهو غائب، إلا أن الحاضر ينتصب خصماً عنه فيها، لأن ثبوت النسب من الغائب سبب لا محالة لما يدعى على الحاضر من الميراث أوالنفقة، فينتصب الحاضر خصماً عنه ويحكم عليهما جميعاً[1]، ومثالها أيضاً: ما لو ادعى شخص شفعة في دار، فقال ذو اليد: الدار لي ما شريتها، فبرهن المدعي أن ذا اليد شراها من فلان الغائب بكذا وهو يملكها، جاز ذلك، وانتصب الحاضر خصماً عن الغائب، ويحكم علىالحاضر والغائب جميعاً[2]، والأمثلة على هذا كثيرة، وقد فصلنا هذه المسألة في"شروط الدعوى"[3].

٨- وكذلك أجازوا القضاء على الغائب إذا كان المدعي يريد أخذ حقه من ثمن مال كان للغائب عنده، ومثال ذلك: ما لو اشترى شخص من آخر شيئاً ثم غاب المشتري قبل أن يقبضه غيبةً منقطعةً، فإنه يجوز للقاضي بناءً على طلب البائع أن يحكم ببيع الشيء المبيع وإيفاء الثمن للبائع إذا أقام هذا الأخير البيّنة على البيع[4].

خلاصة المذهب الحنفي في مسألة القضاء على الغائب:

ويلخص مما تقدّم أن للحنفية في القضاء على الغائب البعيد غير المفقود قولين: أحدهما الجواز، والثاني المنع، ولكن القول الثاني هو الراجح، ولكن هذا الرأي الراجح ليس مطلقاً في المنع، وإنّما يستثنى منه كل حالة تدعو فيها الحاجة أو الضرورة إلى إجازة الحكم علىالغائب،ويعود إلى القاضي تقدير هذه الحاجة أوالضرورة، وبناءً على ذلك فإننا نرى أن مذهب الحنفية لم يعد يُعطي فرصة لفاسدي الذمم ممن يتعمدون الغياب لمنع الحقوق عن أصحابها، حيث تدخل هذه الحالة في عداد المستثنيات من الأصل العام.

---

(١) الأصول القضائية: ص٣٩، ٤٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر ص٢٨٧.

(٤) مباحث المرافعات: ص١٩١، وما بعدها، الأصول القضائية: ص٢٩٠ .

أدلتهم:

يستدل علماء الحنفية على مذهبهم السابق بما يلي:

١ - بما ورد عن علي كرم الله وجهه أنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال ﷺ: (إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء)، قال: فما زلتُ قاضياً، وما شككت في قضاء بعد[1]. ووجه دلالته على منع القضاء على الغائب أن رسول الله ﷺ منع علياً ﷺ من أن يقضي لأحد الخصمين وهما حاضران حتى يسمع كلام الآخر، فإنه يدلُّ على أن الغائب الذي لم يحضر التخاصم و لم يذكر حجته أولى بالمنع، وذلك من قبل أنه قد يكون معه حجة تبطل بها حجة الآخر[2].

٢- هذا ولعل في قول رسول الله ﷺ في الحديث الصحيح (فإنما أقضي على نحو ما أسمع)[3] بعض الحجة لهم، وذلك أن القضاء ينبغي أن يبنيه القاضي على ما يسمعه من الخصمين، وهذا يقتضي أن يكون الاثنان حاضرين ليتمكن من سماع أقوالهما جميعاً، فيحكم بناءً عليها[4].

٣- وذكر ابن التركماني[5] أن عمر بن عبد العزيز ﷺ قال: (إذا جاءك الرجل وقد

---

(١) انظر تخريجه في ص٤٨

(٢) المبسوط: جـ١٧ ص٣٩، فتح القدير: جـ٥ ص٤٩٤، البحر الرائق: جـ٧ ص٧. موجز في المرافعات الشرعية – أحمد إبراهيم: ص١٢١، مباحث المرافعات: ص١٩٠ .

(٣) هذا جزء من حديث تقدم تخريجه في ص٤٣.

(٤) انظر كلاماً قريباً من هذا في بداية المجتهد: جـ٢ ص٤٦٠.

(٥) هو علي بن عثمان بن ابراهيم المارديني علاء الدين الشهير بابن التركماني (٦٨٣-٧٤٥هـ): كان إماماً عالماً شيخاً بارعاً كاملاً محققاً مدققاً، له اليد الطولى في الحديث والتفسير وغير ذلك، وله تصانيف كثيرة منها "المنتخب في الحديث" و"المؤتلف والمختلف" و"كتاب الضعفاء" و"المتروكين" و"الجوهر النقي في الرد على البيهقي" – الفوائد البهية: ص١٢٣.

سقطت عيناه في يده فلا تقض له حتى يأتي خصمه)[1]. وكذلك روى الشعبي عن القاضي شُريح أنه كان لا يقضي على غائب، وهو قول النخعي[2] أيضاً[3].

٤- واستدلوا بالمعقول أيضاً من جهات:

أ- فقالوا إن القضاء شُرع من أجل قطع المنازعة، ولا منازعة مع غياب الخصم لعدم تحقق الإنكار من قبله[4].

ب- وقالوا: إن المدعى عليه إذا كان موجوداً أو سُئل عن الدعوى يجوز أن يُقرّ بها، فيحكم بمقتضى الإقرار، ويجوز أن ينكر فيثبت المدعي دعواه بالبيّنة، فيحكم بمقتضاها، ولا شك أن الحكم بالإقرار يخالف الحكم بالبيّنة، إذ الأول يكون قاصراً على المقرّ، والثاني يتعداه إلى غيره[5].

جـ- وقالوا أيضاً: إن شهادة الشهود لا تكون حجة إلا إذا لم يطعن فيها الخصم المدعى عليه، ولا يتأتى الطعن مع الغيبة، فلا يجوز القضاء بالبيّنة مع الغيبة[6].

المذاهب الأخرى:

واتفقت المذاهب الفقهية الأخرى على جواز القضاء على الغائب[7]، اللهمّ إلا قولاً قديماً

---

(١) الجوهر النقي: جـ١٠ ص١٤٠.

(٢) هو إبراهيم بن يزيد النخعي، أبو عمران الكوفي الفقيه، كان لا يتكلم إلا إذا سئل وكان يتوقى الشهرة مات سنة ٩٦هـ، وكان مولده سنة ٥٠، وقيل سنة ٤٧هـ، - خلاصة التذهيب: ص٢٠.

(٣) الجوهر النقي: جـ١٠ ص١٤٠.

(٤) المبسوط: جـ١٧ ص٤٠، الهداية وفتح القدير: جـ٥ ص٤٩٣،٤٩٤، البحر الرائق: جـ٧ ص١٧.

(٥) الهداية وفتح القدير: جـ٥ ص٤٩٤، مباحث المرافعات: ص ١٩١.

(٦) الهداية وفتح القدير: جـ٥ ص٤٩٤.

(٧) انظر من كتب المالكية: القوانين الفقهية: ص٢٨٧، تبصرة الحكام: جـ١ ص١٣٥، بداية المجتهد: جـ٢ ص٤٦٠، الشرح الكبير: جـ ٤ ص١٦٣، الطريقة المرضية: ص٤٢،٤٣، فتح العلي المالك: جـ٢ ص٣٠١ . ومن كتب الشافعية: المهذب: جـ٢ ص٣٠٤، ٣٠٥، قواعد الأحكام: جـ٢ ص٤٣، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٦٣، شرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ ص٣٠٨، مغني المحتاج: جـ ٤ ص٤٠٦، حاشية الباجوري: جـ٢ ص٣٩٢. ومن كتب الحنابلة: المغني لابن قدامة: جـ٩ ص١٠٩، الافصاح عن معاني الصحاح: ص٤٢٩،٤٣٠، الفروع : جـ٣ ص٨٢٩، كشف =

للشافعي تخلى عنه بعد ذلك[1]، وقولاً لابن الماجشون من علماء المالكية[2]، وقولاً ضعيفاً في المذهب الحنبلي[3].

وهذا القول صحيحٌ من حيث الإجمال، ولكن هناك خلافاً بينهم في بعض التفصيلات والفروع، وفيما يلي مواضع الاتفاق والاختلاف في هذه المسألة.

مواضع الإتفاق:

١- اتفق معظمهم على أن الغائب الذي يجوز القضاء عليه هو البعيد، وقد قدمنا في مطلع هذا البحث مفهوم البعيد والقريب عند مختلف الفقهاء الذين أجازوا القضاء على الغائب. غير أنه لم يخلُ من بينهم من خالف في ذلك ورأى جواز القضاء على الغائب عن مجلس الحكم في جميع الحالات، حتى ولو كان قريباً منه، ويبدو أن هذا القول ضعيفٌ عند الشافعية[4]، وعلى أية حال فإن هذا القول لا تؤيده الأدلة، لأن القريب يسهل إحضاره، فهو في حكم الحاضر في المجلس، وهذا لا يجوز الحكم عليه من غير سماع أقواله وحججه.

٢- واتفقوا أيضاً على جواز القضاء على الممتنع أو المستتر أو الهارب بعد حضوره المجلس، حتى ولو كان ممتنعاً أو مستتراً في البلد أو في مكان قريب، وقد تقدّم أن هذا هو

المخدرات:ص٥١٣،٥١٤، كشاف القناع: جـ٤ ص٢٠٨،٢٠٩، الروض الندي:ص٥١٥. ومن كتب المذاهب الأخرى: التاج المذهب: جـ٤ ص١٩٣،١٩٤، شرائع الإسلام: جـ٢ ص٢١٣، جواهر الكلام: جـ٦ ص٣٥٠، كتاب الخلاف للطوسي: المجلد الثاني: ص٦٠١، المحلى: جـ٩ ص٣٦٦.

(١) أدب القضاء - ابن أبي الدم: ق٤٤ أ .

(٢) القوانين الفقهية: ص٢٨٧، بداية المجتهد: جـ٢ ص٤٦٠.

(٣)الافصاح عن معاني الصحاح: ص٤٣٠ ، المحرر في الفقه: جـ ٢ ص٢١٠.

(٤) المهذب: جـ٢ ص٣٠٤، ٣٠٥، ادب القضاء -ابن أبي الدم: ق٤٣ ب. وهو أيضاً قول ابن حزم الظاهري، فإنه يقول في معرض رده على ما ذهب إليه الإمام مالك في التفريق بين قريب الغيبة وبعيدها (والوجه الثاني تفريقه بين الغائب غيبة طويلة وغيبة غير طويلة، فهذا قول بلا برهان وتفريق فاسد وليس في العالم غيبة إلا وهي طويلة بالاضافة إلى ما هو أقصر منها في الزمان والمكان، وهي أيضاً قصيرة بالاضافة إلى ما هو أطول منها في المكان والزمان - انظر المحلى: جـ٩ ص٣٦٦، وقد نقل عن الشافعية أنهم ذهبوا إلى مثل مذهبه والتحقيق يدلّ على أن هذا قول ضعيف عندهم، وليس معتمداً.

قول أبي يوسف من الحنفية وأنه هو المفتى به في المذهب الحنفي، وهو أيضاً مقتضى قول بعض الحنفية: إن القضاء على الغائب يجوز لتحقيق المصلحة ودفع الحرج والضرورة، لأن ضرورة إيصال الحقّ إلى صاحبه وعدم ضياعه بتغيب من وجب عليه تقتضي أن يكون امتناع الخصم عن الحضور أو استتاره سبباً مجيزاً للقضاء عليه بالرغم من عدم حضوره.

وهكذا فإنا نرى أنه لا خلاف بين المذاهب في حكم هذه الحالة، غير أنه لا بُدّ من الإشارة إلى بعض الاختلاف بينها في كيفية الحكم على هذا المتغيب أو الممتنع:

ففي المذهبين الحنفي والحنبلي لا يقضى عليه إلا بعد توكيل شخص عنه، يحافظ على مصالحه ويدافع عنه أثناء المحاكمة، وقد تقدّم ذكر ذلك[1].

وعند المالكية يقضى على المتغيب والمتعزز من غير توكيل أحدٍ عنه[2]، وفي روايةٍ أخرى يوكل عنه القاضي من يخاصم عنه ويحكم عليه[3].

وعند الشافعية قول قوي باعتبار امتناعه أو استتاره في حكم النكول، بحيث إذا حلف المدعي يمين الرد قُضي له ولو لم يكن معه بيّنة[4].

والشيعية الزيدية يرون جواز القضاء على الممتنع، ولكن بشرط أن ينصب القاضي عنه وكيلاً يخاصم عنه، وهذا جارٍ عندهم في كل غائب[5].

---

(١) انظر ص ٨١.

(٢) العقد المنظم للحكام: جـ ٢ ص١٩٩، ٢٠٠، القول المرتضى: ق ٤ ب.

(٣) الطريقة المرضية: ص٢٨.

(٤) تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٨٨ .

(٥) التاج المذهب: جـ٤ ص١٩٣، ١٩٤.

٣- ويقوم الاتفاق بينهم أيضاً في بعض الشروط المطلوبة من أجل صحة القضاء على الغائب وهي:

أ- أن يكون مع المدعي على الغائب بينة شرعية على دعواه[١]، فلا يصح القضاء على الغائب بغيرها، لأنه لا يوجد أحد من الفقهاء من اعتبر الغياب أو التغيب حجة على ثبوت الحق للمدعي[٢]، ولكن يستثنى من هذا عند الشافعية ما ذكرناه من اعتبارهم الامتناع عن الحضور بمثابة النكول يجوز للمدعي بعده أن يحلف يمين الرد، فإذا فعل قُضي له بما يدعيه، والبينة المقبولة في هذا المقام تشمل الشاهد واليمين فيما يجوز فيه ذلك[٣].

ب- أن لا يكون المدعى به حقاً من حقوق الله الخالصة، أو فيه حق الله غالب، فلا يُقضى على الغائب في حق الله تعالى كالزنا والسرقة[٤]، وذلك لأن الحكم في حقوق الله ينبني على المسامحة والتخفيف، ولذلك درئت العقوبات بالشبهات، وأنه يكفي في قيام الشبهة احتمال أن للغائب حجة تفسد الحجة التي قامت عليه، ولكنهم قالوا: إذا اشتمل الشيء المدعى به على الحقين (حق الله وحق العبد)، قضى بما يخص الناس دون حق الله، وذلك كأن تقوم البينة على الغائب أنه سرق فيقضى بالمال المسروق دون القطع[٥]، غير أن الشافعية ذهبوا في أظهر الأقوال عندهم إلى جواز القضاء على الغائب، في القصاص وحد القذف، لأن

---

(١) القوانين الفقهية: ص٢٨٧، الطريقة المرضية: ص٤٢،٤٣، فتح العلي المالك: جـ٢ ص٣٠١ . المهذب: جـ٢ ص٣٠٤، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٦٤، شرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ ص٣٠٨ ، الفروع : جـ٣ ص٨٢٨، المحرر في الفقه: جـ٢ ص٢١٠، كشف المخدرات:ص٥١٤، كشاف القناع: جـ٤ ص٢٠٨، التاج المذهب: جـ٤ ص١٩٣،١٩٤.

(٢) روضة القضاة – السمناني: ق٣٨ أ.

(٣) تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٦٤، مغني المحتاج: جـ٤ ص٤٠٦.

(٤)، شرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ ص٣١٢ ، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٨٨، الفروع: جـ٣ ص٨٢٩، الروض الندي: ص٥١٥، كشف المخدرات:ص٥١٤، التاج المذهب: جـ٤ص١٩٣، جواهر الكلام: جـ٦ ص٣٥٠.

(٥) تحفة المحتاج: جـ١٠ص١٨٨، كشف المخدرات: ص٥١٤، كشاف القناع: جـ٤ص٢٠٩، المغني لابن قدامة: جـ٤ص١١٠، جواهر الكلام: جـ٦ص٣٥٠.

حق العبد فيها غالب، ولذلك كان له الحق في العفو عنها كما هو معروف في محله[1].

جـ- واتفقوا أيضاً على أنه لا تقبل دعوى المدعي على الغائب إذا ذكر فيها أن خصمه مقر بما يدعيه عليه، وذلك لأن الإقرار ينافي سماع البينة، وموضعها عند الانكار فقط ولا تقام على مقر[2]. إلا أن الشافعية استثنوا من هذا الشرط ما إذا كان للغائب عيّن حاضرةٌ في ولا ية القاضي الذي رُفعت الدعوى إليه، ففي هذه الحالة تسمع الدعوى علىالغائب، ولو قال: هذا مقرّ، إذا طلب استيفاء حقه من هذه العين الحاضرة[3].

مواضع الإختلاف:

وهناك أمور تتعلق بالقضاء على الغائب وقع فيها اختلاف بين المذاهب الفقهية التي تجيزه وهي:

١- فقد ذهب المالكية مذهباً مختلفاً عن سائر المذاهب التي تجيز القضاء على الغائب في تصنيف الغيبة إلى ثلاثة أصناف، قريبة ومتوسطة وبعيده، والقريبة عندهم هي المسافة التي تستغرق ثلاثة أيام أو أقل من أجل قطعها، وذلك إذا كانت آمنة، وهي كما يرى عين المسافة القريبة في مفهوم غيرهم، حيث جعلوها مسافة القصر كما تقدم، والمتوسطة هي ما يكون فيها الغائب على مسافة عشرة أيام ونحوها مع أمن الطريق، والبعيدة هي ما يكون فيها على مسافة أربعة أشهر، ويلحق بها كل حالة تكون فيها الطرق مخوفة.

فأما القريب الغيبة فلا يصح-عندهم- الحكم عليه إلا بعد إعذاره أو امتناعه عن الحضور أو التوكيل، وهم في ذلك يتفقون مع غيرهم في أحكام الغيبة القريبة.

وأما متوسطة الغيبة وبعيدها، فيقضى على الغائب فيها، ولا يحتاج فيها إلى إعذاره ولكن

---

(١) تحفة المحتاج: جـ١٠ص١٨٨، شرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة: جـ٤ص٣١٢.
(٢) حاشية الباجوري: جـ٢ ص٣٩٢، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٦٤، الفروع : جـ٣ ص٨٢٨،
(٣) حاشية الباجوري: جـ٢ ص٣٩٢، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٦٤.

ترجى له الحجة إذا حضر، ويكون له الحق في معارضة بينة المدعي بما تجوز به المعارضة كتجريح الشهود وغير ذلك، وإنّما يختلفان في حكم واحد وهو أنه في الغيبة المتوسطة لا يجوز القضاء على الغائب باستحقاق عقاره، ويجوز ذلك في الغيبة البعيدة، ولا يختلفان في غير ذلك[1]، وقالوا: إنّما منع القضاء على الغائب بالنسبة لاستحقاق العقار، لكثرة المشاحة فيه، فتؤخر فيه الدعوى إلى أن يحضر الغائب، وإنّما تسمع الدعوى في استحقاق العقار على البعيد في غيبته لضرورة مشقة الصبر التي ستحل بالمدعي لو لم تسمع دعواه.

على أنه ينبغي أن يلاحظ بأنه يجوز الحكم ببيع العقار على الغائب مهما كان من أجل تسديد دين ثبت عليه أو نفقة زوجة أو قريب، وإنّما الممنوع فقط هو القضاء عليه باستحقاق العقار[2].

٢- ومما اختلفوا فيه: أن المدعي على الغائب إذا قدم بينة، هل يجب القضاء بمقتضاها أم لا بُدّ قبل ذلك من طلب يمين يحلفها المدعي على أن حقه على خصمه لم يسقط بأي سببٍ من أسباب السقوط المعروفة؟

ذهب المالكية والشافعية إلى أنه لا يجوز أن يحكم على الغائب بمقتضى بينة المدعي إلا بعد أن يحلف أن الحق المدعى ما زال ثابتاً على خصمه، بأن يحلف أنه ما أبرأه، ولا أحاله الغائب به، ولا وَكّل من يقتضيه عنه في الكل أو البعض[3]. هذا إذا كان المدعى به ديناً فإن كان عيناً، فإنه يحلفه بما يليق به.

---

(١) تبصرة الحكام: جـ١ ص١٣٥، الطريقة المرضية: ص٤١،٤٢،٤٣، فتح العلي المالك: جـ٢ ص٣٠١.

(٢) الشرح الكبير: جـ٤ ص١٦٣.

(٣) وذكر بعضهم صيغة معينة لهذه اليمين، وهي أن يحلف المدعي أن حقه ثابت إلى الآن، ما قبضه ولا شيئاً منه، ولا أبرأه من ذلك، ولا من شيء منه ولا أحال به ولا احتال به ولا بشيء منه، ولا قبض بأمره ولا شيء منه، ولا تعوض عن ذلك ولا شيء منه بنفسه ولا بوكيله في الحالات كلها، ولا سقط ذلك عن ذمته بوجه من الأوجه، ولا سبب من الأسباب، ولا شيء منه إلى الآن، وأنه يستحق قبض ذلك منه حال حلفه، وأن من شهد له بذلك صادق في شهادته - انظر جواهر العقود: جـ٢ ص٣٦٠،٣٦١.

ويرون أن هذه اليمين واجبةٌ، وأن القاضي إن لم يحلفه نقض قضاؤه لأن المدعى عليه إذا حضر قد يدعي مدفعاً لدعوى المدعي أو بينته ولو كان حاضراً ودفع الدعوى بنحو إبراء وغيره لوجبت اليمين، فإذا تعذر ذلك منه لغيبته وجب أن يقوم الحاكم مقامه، ثم إن القاضي مأمور بالاحتياط في حقّ الغائب، وهذه اليمين خير ما يُحتاطُ به له[1].

وفي المذهب الحنبلي روايتان في هذه المسألة، أشهرها أن المدعي لا يستحلف بعد تقديم بينته وتزكيتها، واستندوا في ذلك إلى قول رسول الله ﷺ: (البيّنة على المدعي، واليمين على المدعى عليه)[2]. ومفهوم الحديث أن اليمين لا تكون علىالمدعي، وإنّما يختص بالبيّنة، ولأن البينة التي يقدمها المدعي، إذا عُدلت تكون حجة شرعية ينبغي قبولها، من غير ما حاجة لأي أمرٍ آخر يقويها، وهي في ذلك كالبيّنة التي تقام على الحاضر[3] على أنه إذا أقام المدعي شاهداً واحداً، فلا بدّ من الحلف، وذلك فيما يقبل فيه الشاهد واليمين[4].

وهناك روايةٌ أخرى في المذهب الحنبلي مقتضاها وجوب التحليف، وهي وإن كانت ضعيفة إلا أن متأخري الحنابلة رأوا وجوب ترجيحها في أزمنتهم حيث فسدت الذمم، لاحتمال أن يكون المدعى عليه قد وفاه حقه، فهي من قبيل الاحتياط، وهو لازمٌ وخاصة في عهود الفساد[5].

٣- ومما اختلفوا فيه من شروط صحة القضاء علىالغائب أنه هل يشترط أن يذكر المدعي في دعواه إنكار الخصم الغائب؟

اتفقوا على أن المدعي إن ذكر أن خصمه مقرٌّ بالحقّ المدعى رُدت دعواه لتصريحه بالمنافي

---

(١) القوانين الفقهية: ص٢٨٧، تبصرة الحكام: جـ١ ص١٣٥. الشرح الكبير: جـ٤ ص١٦٢. الطريقة المرضية: ص٤٣، المهذب: جـ٢ ص٣٠٤، عماد الرضا: ق١٠ أ، تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٦٦، حاشية الباجوري: جـ٢ ص٣٩٢، جواهر العقود: جـ٢ ص٣٦٠،٣٦١.
(٢) انظر تخريجه في ص١٩٣.
(٣) كشاف القناع: جـ ٤ ص٢٠٩.
(٤) المرجع السابق.
(٥) كشاف القناع: جـ ٤ ص٢٠٩.

لسماعها، غير أن بعضهم اشترط في الدعوى على الغائب أن يذكر فيها أن الخصم الغائب منكرٌ للحق المدعى، وذلك ليقدر الغائب منكراً، حتى تقوم البينة على منكر، إذ لا وقع لها على معترف، ولو سكت المدعي فلم يقل عن خصمه: أنه منكر أو مقر فالراجح سماع الدعوى والبينة على الغائب، لأن المدعي محتاج إلى إثبات حقه، وقد لا يعلم حال المدعى عليه الغائب، فلا يعرف هل هو جاحد أم مقر بالحق فيجعل غيابه كسكوته في مجلس القضاء، وهذا يحمل على الإنكار فكذلك غيابه، وإلى هذا ذهب الشافعية في أصح القولين، والحنابلة[1]، بل إن الحنابلة قالوا: (وحتى لو فرض إقرار الخصم لكانت البينة مقوية لثبوت الحق عليه)[2] وذهب الشافعية في قولٍ آخر إلى أنه لا بدّ من تصريح المدعي بإنكار خصمه الغائب، لأن البينة لا يحتاج إليها إلا عند الجحود[3].

هذا وقد استثنى الشافعية حالتين أجازوا الدعوى فيهما على الغائب وإن صرح المدعي بإقرار خصمه **وهما:**

الأولى– أن يكون المدعى عليه ممن لا يقبل إقراره كسفيه ومفلس[4].

الثانية– أن يكون للغائب عينٌ حاضرةٌ في ولاية القاضي الذي رُفعت إليه وأراد المدعي إقامة البينة على دينه ليوفيه منه، فتسمع البينة في هذه الحالة وإن قال عن خصمه الغائب: إنه مقر[5].

٤– وهناك خلاف ظاهر بين الفقهاء في شرط آخر من شروط صحة القضاء على الغائب،وهو أنه إذا اكتملت الشروط الأخرى فهل يجب تنصيب وكيل عن الغائب يدافع

---

(١) أدب القضاء – ابن أبي الدم: ق٤٤ ب . تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٦٤، ١٦٥، مغني المحتاج: جـ٤ ص٤٠٧، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، الفروع : جـ٣ ص٨٢٨، ٨٢٩.

(٢) الفروع : جـ٣ ص٨٢٨ .

(٣) مغني المحتاج: جـ٤ ص٤٠٧، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٤) تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٦٤، ١٦٥، مغني المحتاج: جـ٤ ص٤٠٧، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ .

(٥) انظر : المرجعين السابقين.

عنه، وينكر عنه، لتقام عليه البينة، أم أنه لا لزوم لذلك، فيكتفي بإقامة البينة أمام القاضي من غير حضور أي شخص آخر؟

تقدّم أن الحنفية لا يجيزون -في الحالات التي يجوز فيها عندهم القضاء على الغائب- سماع البينة إلا إذا نصب القاضي وكيلاً يخاصم عن الغائب وتُقام عليه البينة[1].

وإلى مثل هذا ذهب الزيدية من الشيعة فقالوا: ليس للحاكم أن يحكم على الغائب ونحوه حتى ينصب وكيلاً عنه يسمع الدعوى وينكرها وتقوم الشهادة في وجهه، ويطلب تعديلها، فإن أمكنه جرحها فعل[2].

والمالكية عندهم في هذه المسألة قولان: أحدهما لابن القاسم، وهو أنه لا يجب على القاضي أن يقيم للغائب وكيلاً يقوم بحجته، والثاني لسحنون، وهو أنه ينبغي عليه تنصيب وكيل يقوم بحجة الغائب ويطعن في البينة التي أقامها المدعي، غير أنه على قول سحنون لا يكون للغائب حق معارضة بينة المدعي إذا حضر، ويكون له ذلك على قول ابن القاسم، وقد ذكر بعض علماء المالكية أن المشهور هو القول الأول[3].

وعند الشافعية قولان مشهوران في هذه المسألة[4]، وفي هذا يقول القاضي ابن أبي الدم: (فإذا أنجزت دعوى المدعي، هل يحتاج إلى نصب مسخر يأذن له القاضي في الجواب عن الغائب؟ فيه وجهان مشهوران)، ثم نقل عن بعض علماء الشافعية قولهم: إن الأصح عدم النصب، والمختار هو النصب، لأن الدعوى تستدعي جواباً، وقد تعذر جواب الغائب، فمن نصبه الحاكم يقوم مقامه منكراً[5].

ويظهر من بعض كتب الشافعية أن نصب وكيل عن الغائب جائز، ولكنه ليس واجباً

---

(١) انظر ص٨١ .
(٢) التاج المذهب: جـ٤ ص١٩٤.
(٣) تبصرة الحكام: جـ١ ص١٣٥.
(٤) أدب القضاء - ابن أبي الدم: ق٤٣ ب . مغني المحتاج: جـ٤ ص٢٠٧، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ .
(٥) أدب القضاء - ابن أبي الدم: ق٤٣ ب.

على القاضي ولا يتوقف صحة القضاء عليه[١]، وذلك لأن هذا الوكيل الذي ينصبه القاضي قد ينكر ويكون الغائب مقراً في الواقع، فيكون هذا كذباً، وبما أن هذا الكذب لا يقصد به شر، وإنما يُبْتَغَى به إثبات الحقوق بما لا ضرر فيه، فقد قالوا: إن هذا الكذب يغتفر في هذا الموضع، إلا أنه لا يكون واجباً، وإنما جائزاً، إن شاء القاضي وكل عن الغائب، وإن شاء قضى من غير توكيل[٢]. غير أن القاضي ابن أبي الدم انتقد من أجاز تنصيب وكيل عن الغائب، ورأى أنه وقوع في الكذب من غير حاجة إليه، فقال: (وعندي في هذا نظر ظاهر، إذ يمكن التخلص من هذا الكذب الذي لا ضرر في تركه وارتكابه ولا حاجة إليه، وهو أن يكلف المدعي بإحضار خصمه إن كان حاضراً مقدروا على إحضاره، وإن كان غائباً، فللمدعي طرق في استعلام الغائب المستولي على ملكه وكشف حاله واستخبار اسمه ونسبه، فإذا حصل عليه بذلك ادعى عليه حقيقة وخلص من التورط في الكذب، فهذا أولى عندنا من هجوم على كذب من مُدعٍ ومدعى عليه مع علم القاضي بكذبهما)[٣].

وأما الحنابلة فلا يقولون بوجوب نصب وكيل إلا بالنسبة للمتنع عن الحضور بعد دعوته إليه[٤]، وأما البعيد الذي لم يُدعَ إلى الحضور فلم يصرحوا بوجوب تنصيب وكيل يخاصم عنه.

وهكذا يتضحُ مما تقدّم أن جمهور الفقهاء متفقون من حيث الأصل على جواز القضاء على الغائب وإن اختلفوا في بعض شروطه وتطبيقاته، ولكن ما هي الأدلة التي اعتمدوا عليها في مذهبهم؟

---

(١) تحفة المحتاج: جـ١٠ ص ١٦٥، عماد الرضا ببيان أدب القضا: ق١٠ أ.
(٢) تحفة المحتاج: جـ١٠ ص ١٦٥.
(٣) أدب القضاء – ابن أبي الدم: ق٤٦ أ .
(٤) المغني لابن قدامة: جـ٩ ص٦١،٦٢.

أدلة الجمهور على جواز القضاء على الغائب:

واستدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه من صحة القضاء على الغائب بنصوص عامّة من الكتاب والسنّة، ووقائع خاصة قضى فيها رسول اللّه ﷺ على الغائب، كما استدلوا بالمعقول من عدة وجوه، وفيما يلي ذكر هذه الأدلة:

أولاً- فقد استدلوا بعمومات النصوص التي توجب الحكم بالعدل وليس فيها تخصيص ذلك بحاضرٍ ولا غائبٍ كقوله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاء لِلّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيّاً أَوْ فَقَيراً فَاللّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلاَ تَتَّبِعُواْ الْهَوَى أَن تَعْدِلُواْ وَإِن تَلْوُواْ أَوْ تُعْرِضُواْ فَإِنَّ اللّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيراً﴾[النّساء:١٣٥] وقوله تعالى:﴿ وَأَقِيمُواْ الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ﴾[الطلاق:٢] ونحو ذلك من الآيات الكريمة التي لم يخص اللّه تعالى فيها وجوب الحكم بالعدل أو الشهادة بالحقّ بحاضرٍ ولا غائب(١).

وذكر لهم الكمال بن الهمام والسرخسي من عمومات السنّة قول رسول اللّه ﷺ: (البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه)(٢) وهذا عام يشمل حالة حضور الخصم وغيابه، واشتراط الحضور زيادةٌ عليه(٣).

ثانياً- واستدلوا أيضاً بما ورد في الصحيح من أن هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان، دخلت على رسول اللّه ﷺ فقالت: يا رسول اللّه إن أبا سفيان رجلٌ شحيح لا يُعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذتُ من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول اللّه ﷺ: (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك)(٤).

---

(١) المحلى لابن حزم: جـ٩ ص٣٦٩.
(٢) سبق تخريجه في ص١٩٣.
(٣) المبسوط:جـ١٧ ص٣٩، فتح القدير: جـ٥ ص٤٩٣.
(٤) سبق تخريجه في ص١١٧.

استدلوا بهذا الحديث من جهة أنه قضاء من رسول الله ﷺ على أبي سفيان مع أنه كان غائباً، غير أن كثيراً من الفقهاء ردوا هذا الاستدلال وقالوا: إن إذن رسول الله ﷺ لهند كان إفتاءً ولم يكن قضاءً لها بذلك، بدليل أن المقضي عليه وهو أبو سفيان، كان حاضراً في البلد ولم يكن متوارياً ولا متعززاً، لأن الواقعة حدثت في فتح مكة لما حضرت هند للمبايعة، وكان أبو سفيان موجوداً بها، وشرط القضاء على الغائب أن يكون غائباً عن البلد أو مستتراً لا يقدر عليه، ولم يكن هذا الشرط في أبي سفيان موجوداً، فلا يكون قضاء على الغائب، بل هو إفتاء[1].

كما اعترض بعضهم على الاستدلال بهذا الحديث على صحة القضاء على الغائب بأن هذه الواقعة لم يجرِ فيها دعوى مستوفية للشروط التي التزموها في صحة الدعوى، فإن رسول الله ﷺ لم يُحلفها قبل القضاء على الغائب، ولم يقدر المحكوم به لها، ولم يذكر أنه طلب منها إقامة البيّنة على دعواها[2].

والذين استدلوا بهذا الحديث قالوا: والذي يدلُّ على أنه قضاءٌ من قبل رسول الله ﷺ أنه قال لهند (خذي ما يكفيك) بصيغة القطع، ولو كان فتوى لقال لها: (لك أن تأخذي) أو (لا بأس عليك أن تأخذي)، أو نحو ذلك لأن المُفتي لا يقطع، فلم قطع كان حُكماً[3]، ويمكن أن يرد على هذا بأن الحديث ورد بصيغة الفتوى أيضاً، فلم يقطع لها، وذلك أنه ورد في صحيح مسلم[4] عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: (جاءت هند إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، والله ما كان على ظهر الأرض أهل خباء أحب إلي من أن يذلهم الله من أهل خبائك وما على ظهر الأرض أهل خباء أحب إليّ من أن يعزّهم الله من أهل خبائك، فقال النبي ﷺ:

---

(١) احكام الأحكام لابن دقيق العيد: جـ٤ ص١٦٤، فتح الباري: جـ١٣ ص١٤٦، شرح النووي على صحيح مسلم: جـ١٢ ص٨.

(٢) تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٦٤، مغني المحتاج: جـ٤ ص٤٠٦.

(٣)مغني المحتاج: جـ٤ ص٤٠٦ .

(٤) هو الإمام أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، وقد أجمع العلماء على جلالته وإمامته وعلو مرتبته وحذقه في الحديث وتقدمه فيه، وأكبر الدلائل على ذلك كتابه الصحيح، وتوفي رحمه الله تعالى في سنة ٢٦١هـ- انظر خلاصة التذهيب: ص٣٢٠.

وأيضاً والذي نفسي بيده، ثم قالت: يا رسول اللّه، إن أبا سفيان رجلٌ ممسك، فهل علي حرجٌ أن أنفق على عياله من ماله بغير إذنه؟ فقال النبي ﷺ: لا حرج عليك أن تنفقي عليهم بالمعروف[1]، فإن قوله ﷺ: "لا حرج عليك" من صيغ الإفتاء، وليس من صيغ القضاء.

ثالثاً– واستدلوا أيضاً بما روي عن أبي موسى الأشعري ومعاوية بن أبي سفيان[2] رضي اللّه تعالى عنهما أن رسول اللّه ﷺ كان إذا حضر عنده الخصمان فتواعدا الموعد فوفى أحدهما ولم يفِ الآخر قضى للذي وفى على الذي لم يفِ[3]، ومعلومٌ أنه ما قضى عليه بمجرد دعواه، فثبت أنه قضى عليه بالبيّنة[4].

والواقع أن هذا الحديث ضعيف، وقد تكلم فيه غير واحدٍ من علماء الحديث[5]. وعلى فرض صحته فإنه لا يدلُّ على جواز القضاء على الغائب مطلقاً، والذي فيه أن من دُعي إلى القضاء، فلم يمتثل ولم يأتِ في الموعد المحدد للمحاكمة جاز الحكم عليه مع غيابه وقد تقدّم أن المُفتى به عند الحنفية هو جواز القضاء على الممتنع أو المستتر[6].

---

(١) انظر: صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٢ ص٨، ٩.

(٢) هو معاوية بن صخر بن حرب الأموي أبو عبد الرحمن، أسلم زمن الفتح، قال الحافظ شمس الدين الذهبي: ولي الشام عشرين سنة، وملك عشرين سنة، وكان حليماً كريماً سائساً عاقلاً خليقاً للإمارة كامل السؤدد ذا دهاء، ورأي ومكر، كأنما خلق للملك، توفي سنة ٦٠هـ – خلاصة التذهيب: ص٣٢٦.

(٣) رواه أبو سعيد النقاش والطبراني في الأوسط – انظر: كنز العمال: جـ ٣ ص١٨٣، ومجمع الزوائد: جـ٤ ص١٩٨، وتمامه كما ذكره الهيثمي (أن معاوية بن أبي سفيان قال لأبي موسى: أما علمت أن رسول اللّه ﷺ كان إذا اختصم عنده الرجلان فاتعدا الموعد فجاء أحدهم ولم يأتِ الآخر قضي رسول اللّه ﷺ للذي جاء على الذي لم يجيء؟ فقال أبو موسى: إنما كان ذلك في الدابة والشاة والبعير والذي نحن فيه أمر الناس) – مجمع الزوائد: جـ٤ ص١٩٨.

(٤) جواهر الكلام: جـ٦ ص ٣٠٥، كتاب الخلاف للطوسي: المجلد الثاني، ص٦٠١.

(٥) فقد جاء في كنز العمال: جـ٣ص١٨٣ : رواه أبو سعيد النقاش في القضاة وفيه خالد بن نافع وهو ضعيف وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط وفيه خالد بن نافع الأشعري، قال أبو حاتم: ليس بقوي يكتب حديثه وضعفه الأئمة – مجمع الزوائد: جـ٤ ص١٩٨.

(٦) انظر ص٨١ .

رابعاً- واستدل ابن حزم في "المحلى"[1] بما رواه أنس ﷺ أن رسول اللّه ﷺ حكم على العرنيين الذين قَتلوا الرعاة وسملوا أعينهم وفروا فأتبعهم بقائف وهم غيب حتى أدركهم واقتص منهم[2].

وهكذا زعم ابن حزم أن رسول اللّه ﷺ قضى على العرنيين، ونفذ حكمه وهم غيب، والذي رواه الشيخان غير هذا، فالذي فيهما أن رسول اللّه ﷺ بعث في آثارهم وجيء بهم، ثم أمر بقطع أيديهم وأرجلهم، وسمر أعينهم وإلقائهم في الحرة[3]، ومع تعدد روايات هذه القصة في صحيح مسلم وغيره إلا أنه لم يذكر في إحداها أنه ﷺ قضى عليهم وهم غيب، وإنما أمر بإحضارهم، فأُحضروا فقضى عليهم ونفذ حكمه فيهم[4]، فإذا علم هذا تبين أنه لا وجه للاستدلال بهذه القصة على جواز القضاء على الغائب.

خامساً- واستدل ابن حزم أيضاً[5] بما رواه سهل بن أبي حثمة[6] ورافع بن خديج[7] رضي اللّه تعالى عنهما أن رسول اللّه ﷺ قضى على أهل خيبر وهم غيب أيضاً بأن يقيم الحارثيون أولياء القتيل البيّنة، أو يحلف خمسون منهم على قاتله من أهل خيبر، فيسلم إليهم

---

(١) المحلى: جـ٩ ص٣٦٩.

(٢) انظر صحيح البخاري مع فتح الباري: جـ١ ص٢٨٩ وما بعدها، الطبعة الميرية سنة ١٣٠١هـ، وصحيح مسلم بشرح النووي: جـ١١ ص١٥٤ وما بعدها .

(٣) فقد روى البخاري ومسلم عن أنس قال: قدم اناس من عكل أو عرينة، فاجتووا المدينة فأمرهم النبي ﷺ بلقاح وأن يشربوا من أبوالها وألبانها، فانطلقوا، فلما صحوا قتلوا راعي النبي ﷺ واستاقوا النعم، فجاء الخبر أول النهار، فبعث في آثارهم، فلما ارتفع النهار جيء بهم فأمر بقطع أيديهم وأرجلهم وسمرت أعينهم وألقوا في الحرة يستسقون فلا يسقون. انظر صحيح البخاري مع فتح الباري : جـ١ ص١٥٤ وما بعدها، الطبعة الميرية سنة ١٣٠١هـ ، وصحيح مسلم بشرح النووي: جـ١١ ص١٥٥، ١٥٦.

(٤) انظر صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١١ ص١٥٣- ١٥٧.

(٥) المحلى: جـ٩ ص٣٦٩.

(٦) هو سهل بن عامر بن ساعدة الأنصاري، صحابي صغير، قال أبو حاتم: بايع تحت الشجرة، قال الحافظ ابن الذهبي: أظنه توفي زمن معاوية - خلاصة التذهيب: ص١٣٣.

(٧) هو رافع بن خديج بن رافع الأوسي، صحابي شهد أحداً وما بعدها، مات سنة ٧٤ هـ - خلاصة التذهيب: ص٩٧ .

أو يؤدوا ديته، أو يحلف خمسون من اليهود أنهم ما قتلوه ويبرؤون[1].

وقد يجاب على هذا بأن حادثة القتل هذه وقعت في زمن لم تكن خيبر فيه تحت حكم المسلمين بدليل أنه ورد في إحدى الروايات التي أخرجها مسلم في"صحيحه" أن هذه الحادثة وقعت في خيبر عندما كانت في صلح مع المسلمين[2]، والحاكم لا يجب عليه إحضار من لا يدخل تحت حكمه وسيطرته، ثم إنه ورد في روايةٍ أخرى في صحيح مسلم[3] أن رسول اللّه ﷺ كتب إلى أهل خيبر بأنه إما أن يدوا المقتول وإما أن يأذنوا بحرب فأجابوا: واللّه ما قتلناه، وهذا هو ما يمكن فعله مع من لم يكن داخلاً في دولة الإسلام وبهذا يكون الاستدلال بهذه القصة على جواز القضاء على الغائب ضعيفاً أيضاً.

سادساً- واستدلوا أيضاً بأخبار عن الصحابة رضوان اللّه عليهم منها:

١-فقد استدلوا بما ورد عن عمر ﷺ أنه قال في خطبة له: (من كان له على الأسيفع مال فليأتنا غداً فإنا بايعو ماله وقاسموه بين غرمائه)[4] وكان غائباً[5].

وقد أجاب ابن التركماني بأن هذه الحادثة لم يذكر فيها أن الأسيفع كان غائباً[6] فيحمل على أنه كان حاضراً عند الدعوى[7].

٢- واستدلوا أيضاً بما صح عن عمر ﷺ أنه حكم في امرأة المفقود أنها تتربص أربع

---

(١)صحيح البخاري مع فتح الباري : جـ١٣ ص١٥٧، وصحيح مسلم بشرح النووي: جـ١١ ص١٤٣، وما بعدها، سنن أبي داود مع معالم السنن: جـ٤ ص١٠، سنن ابن ماجة:ص١٩٦ طبعة حجر، بدائع المنن: جـ٢ ص٢٥٦،٢٥٧، سنن الدارقطني: جـ٣ ص١٠٨،١٠٩، أحكام الأحكام لابن دقيق العيد: جـ٤ ص٨٨،٨٩، المنتقى لابن الجارود: ص٣٦٦، ٣٦٧، ٣٦٨.

(٢) انظر : صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١١ ص١٥٠ .

(٣)صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١١ ص١٥٢ .

(٤) انظر : السنن الكبرى: جـ١٠ ص١٤١.

(٥) مغني المحتاج: جـ٤ ص٤٠٦، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ .

(٦) ويؤيد هذا ما في السنن الكبرى، فليس فيه أن الأسيفع كان غائباً - انظر : السنن الكبرى: جـ١٠ ص١٤١.

(٧) الجوهر النقي في الرد على البيهقي: جـ١٠ ص١٤١ .

سنين وأربعة أشهر وعشراً[1].

٣- وروى ابن حزم أن رجلاً كان مـع أبي موسـى الأشعري، وكـان ذا صـول ونكاية في العدو، ففتحوا، فأعطاه أبو موسى بعض سهمه، فأبى أن يأخذ إلا جميعاً فضربه أبو موسى عشرين سوطاً وحلق رأسه، فجمع الرجل شعره، ورحل إلى عمر، فدخل عليه وأخرج شعره، وضرب بـه صدر عمر، ثم قص قصته على عمر، فكتب عمر إلى أبي موسـى الأشعري أن فلانـاً قـدم عليّ، فأخبرني بكذا وكذا، فإن كنت فعلت ذلك به، فعزمتُ عليك إن كنت فعلت بـه ذلـك في مـلاء من الناس لما جلست له في الناس حتى يقتص منك، وإن كنت فعلت به ذلك في خلاء لما جلست في خلاء حتى يقتص منك، فقال له الناس: اعفُ عنه، فقال لا والله لا أدعه لأحد، فلما قعـد أبـو موسى للقصاص رفع رأسه إلى السماء وقال: اللهمّ قد عفوت عنه.

ففي هذه الخبر أن عمر ﷺ قضى على أبي موسى ﷺ وهو غائب، وبعـث إليـه بـالحكم لينفذه على نفسه[2].

٤- وذكر عن عثمان أيضاً أنه كان يقضي علىالغائب.

قالوا: وهذه أخبار عن الصحابة رضـوان اللّه عليهـم، وفيهـا كلهـا قضـاء علـى الغـائب ومثلها كثير جداً و لم يصح عن أحد من الصحابة خلاف ذلك[3].

سابعاً- واستدلوا بالمعقول من الأوجه التالية:-

أ- فقالوا: إن وجوب دفع الباطل على الفور يقتضـي تلبيـة المدعي إذا كـان معـه حجـة شرعية تشهد له، ولو كان خصمه غائباً، وتأجيل القضاء إلى وقت حضور الغائب فيـه إقـرار للباطل إلى فترة معينة، وهو محرم، وخير ما يوضح ذلك ما جـاء في كتـاب"قواعـد الأحكـام" للعز بن عبد السلام حيث يقول: (والغرض من نصب القضاة إنصاف المظلومين مـن الظـالمين

(١) مغني المحتاج: جـ٤ ص٤٠٦ ، المحلى: جـ٩ ص٣٧١.
(٢) المحلى: جـ٩ ص٣٧٠.
(٣)مغني المحتاج: جـ٤ ص٤٠٦ ، المحلى: جـ٩ ص٣٧١.

وتوفير الحقوق على المستحقين، والنظر لمن يتعذر نظره لنفسه، كالصبيان والمجانين والمبذرين، فلذلك كان سلوك أقرب الطرق في القضاء واجباً على الفور لما فيه من إيصال الحقوق إلى المستحقين، ودرء المفسدة عن الظالمين والمبطلين، وقد تقدم أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان على الفور، وأحد الخصمين هنا ظالم أو مبطل وتجب إزالة الظلم والباطل على الفور، وإن لم يكن آثماً بجهله، لأن الغرض إنما هو دفع المفاسد سواءً كان مرتكبها آثماً أو غير آثم، وكذلك يجب القضاء على الغائب. لما في تأخيره إلى حضوره من استمرار المفسدة، لأن الدعوى إن كانت بطلاق تضررت المرأة ببقائها في قيود نكاح مرتفع، ولم تتمكن من التزوج، ولا مما يتمكن منه الخليات، وإن كانت بعتاق تضررت الأمة والعبد بإجراء أحكام الرق عليهما إلى حضور الغائب، وإن كانت الدعوى بعين تضرر ربها بالحيلولة بينه وبينها، وإن كانت بدين تضرر ربه بتأخير قبضه، وعدم الارتفاق به، ولا فرق بين الغائب والحاضر في إقامة الحجج، فإن الظنّ المستفاد في إقامة الحجج على الغائب، كالظن المستفاد من إقامتها على الحاضر، فإن قيل: الحاضر يناضل عن نفسه بالمعارضات والجرح بخلاف الغائب، قلنا: لا يجوز ترك ما وجب ظهوره بحجة شرعية، لاحتمال الأصل وعدمه، والحاكم يناضل عن الغائب حسب الإمكان، ولذلك يحلف المدعي، ولا يجوز إهمال الحجج الشرعية لمجرد الأوهام والظنون الضعيفة، لما ذكرناه من تقديم الظن القوي على الظن الضعيف في سائر الأحكام)[1].

ب- واستدلوا أيضاً بأن الجميع متفقون على سماع البينة على الغائب[2]، فلماذا لا يجب الحكم بها كالبينة المسموعة على الحاضر الساكت؟[3].

جـ- وقالوا أيضاً: أن الدعوى مسموعة على الميت والصغير، فيجب سماعها على الغائب،

---

(١) قواعد الأحكام: جـ٢ ص٤٣.

(٢) قدمنا أن جميع الفقهاء يقولون بوجوب سماع البينة على الغائب، ولم يخالف في ذلك المانعون للقضاء على الغائب، وذلك من أجل تسجيلها وحفظها من الضياع للاحتياج لها عند عودة الغائب والحكم بمقتضاها.

(٣) تحفة المحتاج: جـ١٠ ص١٦٤، مغني المحتاج: جـ٤ ص٤٠٦.

من طريق أولى، وذلك لأنهما أعجز من الغائب عن دفعها[1].

د- وأخيراً قالوا: إن منع القضاء على الغائب يفتح باباً أمام المبطلين الظالمين يدخلون منه إلى تحقيق مصالحهم وظلمهم، وذلك بأن يمتنعوا عن إيصال الحقوق إلى أصحابها بالهرب والامتناع عن الحضور، والاستتار، وهذا ترفضه روح الشريعة[2].

ثم تعرضوا بعد ذلك لمذهب المانعين للقضاء على الغائب بالإبطال، وأشد من حمل عليهم ابن حزم الظاهري، فقد حاول تفنيد حججهم واحدة واحدة، **وفيما يلي تلخيص لِما قاله في ذلك**[3]:

١- فقد تعرض أولاً للخبر الوارد عن رسول اللّه ﷺ في منع القضاء قبل السماع من كلا الخصمين، فذكر أن الحديث ساقط من حيث إسناده، لأن فيه ثلاثة رواة لا تقبل أحاديثهم، وهم شريك[4] وسماك بن حرب[5]، وحنش بن المعتمر[6]: فالأول مدلس، وسماك يقبل التلقين، وحنش ساقط مطرح، وهناك طريق أخرى روي منها هذا الخبر وفيها القاسم بن عيسى بن إبراهيم الطائي[7]، وهو مجهول لا يدرى من هو.

---

(١) انظر : المرجعين السابقين.

(٢) مغني المحتاج: جـ٤ ص٤٠٦ .

(٣) انظر ذلك كله في المحلى: جـ٩ ص٣٦٩، ٣٧٠.

(٤) هو شريك بن عبدالله النخعي أبو عبدالله الكوفي قاضيها وقاضي الأهواز : قال احمد: هو في أبي اسحاق أثبت من زهير، وقال ابن معين، ثقة يغلط، وقال العجلي: ثقة، وقال يقعوب بن سفيان: ثقة سيء الحفظ، قال الخطيب: حدث عنه ابان بن تغلب وعباد الرواجني وبين وفاتيهما أكثر من مئة سنة، قال أحمد: مات سنة ١٧٧هـ، خلاصة التذهيب: ص١٤٠.

(٥) هو سماك بن حرب بن أوس البكري الذهلي أبو المغيرة الكوفي أحد الأعلام التابعين، قال ابن المديني له نحو مائتي حديث، وقال أحمد: أصح حديثا من عبد الملك بن عمرو، وثقة أبو حاتم وابن معين في رواية ابن أبي خيثمة وابن أبي مريم، وقال أبو طالب: مضطرب الحديث، وقال صاحب الخلاصة عن عكرمة فقط، قال ابن قانع: مات سنة ١٢٣هـ خلاصة التذهيب: ص١٣٢ .

(٦) هو حنش بن المعتمر الكناني أبو المعتمر الكوفي: روى عن علي وأبي ذر: وروى عنه الحكم وسماك بن حرب ، قال أبو داود: ثقة، وقال النسائي: ليس بالقوي وقال البخاري: يتكلمون فيه - خلاصة التذهيب: ص٨١ .

(٧) هو القاسم بن عيسى بن إبراهيم الطائي الواسطي، وثقه ابن حبان، خلاصة التذهيب: ص٢٦٦ .

ثم قال: ولو صح ذلك الخبر وأمثاله لما كان لهم به حجة، لأنه ليس فيها أن لا يقضى على غائب، والذي فيها أن لا يقضى على حاضر بدعوى خصمه دون سماع حجته وهذا لا خلاف فيه، ولا يجوز أن يقضى على حاضر ولا غائب بقول خصمه، لكن بالذي أمر اللّه تعالى به من البينة العادلة فقط.

والحق أن الحديث ليس في المرتبة التي وضعه فيها ابن حزم، ورجاله ليس كما قال، فشريك بن عبداللّه وثقه ابن سعد وأبو داود[1] وغيرهما، وروى له البخاري، وقال عنه ابن حجر: (احتج به الجماعة إلا أن في روايته عن أنس لحديث الإسراء مواضع شاذة)، وغاية ما قالوه عنه أنه يغلط وسيء الحفظ[2]. وسماك بن حرب علم من أعلام التابعين له أحاديث كثيرة، وقد وثقه غير واحد، وغاية ما قيل في حديث أنه مضطرب إذا رواه عن عكرمة[3]، فضعفوا ما رواه من هذا الطريق[4]. وحنش وثقه أبو داود[5] وغيره لم يقل عنه: إنه ساقط مطرح، وأما القاسم بن عيسى فالظاهر أنه ليس مجهولاً إلا عند ابن حزم، وإلا فقد وثقه ابن حبان[6] وترجم له بعض العلماء[7].

---

(١) هو سليمان بن الأشعث الأزدي أبو داود السجستاني الإمام الحافظ العلم، قال ابن حبان: أبو داود أحد أئمة الدنيا فقهاً وعلماً وحفظاً ونسكاً وورعاً وإتقاناً، مات سنة ٢٧٥هـ بالبصرة عن ثلاث وسبعين سنة – خلاصة التذهيب: ص١٢٧ .

(٢) انظر: خلاصة التذهيب: ص١٤٠، هدى الساري لفتح الباري: ص٤٠٨.

(٣) هو عكرمة البربري مولى ابن عباس، أبو عبدا لله، أحد أئمة الأعلام، قال الشعبي: ما بقي أحد أعلم بكتاب اللّه من عكرمة، رموه بغير نوع من البدعة، قال العجلي: ثقة بريء مما يرميه الناس به، وثقه أحمد وابن معين وأبو حاتم والنسائي، مات سنة ١٠٥هـ –خلاصة التذهيب: ص٢٢٩.

(٤) خلاصة التذهيب: ص١٣٢، هدى الساري: ص٤٥٧ .

(٥) خلاصة التذهيب: ص٨١.

(٦) هو الإمام الحافظ الجليل محمّد بن حبان أحمد بن حبان البستي التميمي، أبو حاتم، تولى قضاء سرقند زماناً، وكان من فقهاء الدين وحفاظ الآثار، عالماً بالطب والنجوم وفنون العلم، ومن تصانيفه "المسند الصحيح" و"التاريخ" و"الضعفاء" و" الأنواع والتقاسيم" و"الجرح والتعديل" و"الثقات" وغير ذلك، مات سنة ٣٥٤هـ – طبقات الشافعية الكبرى: جـ٣ ص١٣١،١٣٢ طبع عيس الحلبي سنة ١٣٨٤هـ.

(٧)انظر: خلاصة التذهيب: ص٢٦٦.

ومن جهة أخرى فإن هذا الحديث رواه أبو داود[1] والترمذي وقال عنه: حديث حسن[2]، ومثل هذا قال عنه ابن حجر العسقلاني[3].

وأما قصره لدلالة الحديث على عدم جواز القضاء بمجرد الدعوى فبعيد جداً، لأن هذا أمر بدهي، ولا يعتقد أن رسول الله ﷺ استهدفه من وراء كلامه لعلي ﷺ، فإنه ما من أحد في الدنيا يقول بأن المدعي يقضى له بمجرد ادعائه من غير أن تقوم بينة على صحة دعواه.

٢- وأما ما ذكر للحنفية من أخبار للصحابة والتابعين فقد ردها ابن حزم جميعها من حيث أسانيدها، ومن حيث إنها لا تدل على أكثر من عدم جواز القضاء علىالغائب بمجرد دعوى المدعي، وأكد أن الثابت عن عمر وعثمان رضي الله تعالى عنهما هو القضاء على الغائب من غير أن يثبت عن غيرهما من الصحابة خلاف ذلك[4].

الرأي المختار:

ذاك هو ما توسلوا به إلى إبطال مذهب الحنفية في منع القضاء على الغائب، ولعل بالتأمل فيما فصلناه من مذهب الحنفية يظهر بوضوح أن ذلك الذي اعترضوا به ليس في محله، ولا يرد عليهم، وفيما يلي بيان هذا:

إن ما قدّمناه من مذاهب الفقهاء فيما يتعلق بالغائب والقضاء عليه يدلُّ على أنه لم يقل أحد من أهل العلم بمنع القضاء على الغائب مطلقاً من غير استثناء، وذلك أن الحنفية إنما منعوا القضاء علىالغائب إذا لم تكن هناك حاجة أو ضرورة أو معذرة تقتضي ذلك، فدخل تحت هذا الاستثناء من الحالات ما يفسد على أي مبطل أو ظالم خطته في التملص من إيفاء حقوق الناس، فلا يؤخذ عليهم إذن أن مذهبهم يتيح للظالمين تحقيق ظلمهم بالهرب والاستتار

(١) سنن أبي داود: جـ٣ ص٤٠٩.
(٢) الجامع الصحيح: جـ٣ ص٦١٨.
(٣) انظر فتح الباري: جـ١٣ ص١٤٦.
(٤) المحلى لابن حزم: جـ٩ ص٣٧٠.

والامتناع، لأن كل ذلك يبيح عندهم القضاء على الغائب، بل يوجبه إذا طلب ذلك صاحب الحق، وهذا جارٍ عندهم بالنسبة للحاضر في البلد والغائب عنها، فيجب دعوة كل مدعى عليه مهما كان بعيداً عن مجلس القضاء، ولكن منعاً للدد، وإغلاقاً لباب الإضرار قالوا: يحضر القريب بمجرد الدعوى، والبعيد لا يحضر بمجردها، وإنما ببينة يقيمها المدعي من أجل إحضار خصمه، ويسمونها بينة الأشخاص أي الإحضار، وإذا قارنا هذا ببقية المذاهب نجد خلافاً جوهرياً بينهما، فإن مختلف المذاهب التي ترى جواز القضاء على الغائب لم تذهب إلى وجوب إحضار الخصم البعيد على القاضي إن كان معه بينة، وإنما أجازوا له القضاء على الغائب بدون طلب إحضاره، وعلى هذا فإن البينة التي يقيمها المدعي على الغائب توجب إحضار الخصم فقط عند الحنفية، بينما توجب القضاء عند غيرهم.

ثم-بعد ذلك- إذا وجب إحضار الخصم الغائب، ودُعي إلى ذلك، فإن امتنع وتعزز، كان هذا عذراً مبيحاً للقضاء عليه عند الحنفية، وهكذا فإن تكامل مذهب الحنفية هو في أن كل غائب بعيد أو قريب يدعى إلى القضاء، ويقضى على كل ممتنع أو مستتر بعد دعوته، وبذلك تسد الطريق على جميع من يحاولون ظلم الناس وهضم حقوقهم بالمماطلة والتغيب، لأن المطلوب لا يخرج عن إحدى حالين:

إما الحضور، وإما الامتناع أو الاستتار، وفي كلا الحالين يقضى عليه، ونرى أن مذهب الحنفية كما قدمناه أقرب من غيره إلى الحقّ والعدل والاحتياط لجميع أطراف القضية:

صحيح أن الباطل يجب إزالته على الفور، ولكن ينبغي أن يكون ذلك وفقاً للكيفية التي أرادها الشرع، وهي في مسألتنا السماع من الطرفين المتنازعين، والحكم بمقتضى البينات الشرعية، ولا يقضى بناءً على مجرد السماع من أحدهما دون الآخر إلا إذا امتنع أحدهما عن تنفيذ واجب ديني ودنيوي عليه، وهو الحضور لسماع أقواله، ووجوب الشيء على الفور لا يعني وجوب فعله ناقصاً من أجل الاختصار من زمن تنفيذه، وإنما يعني وجوب الشروع في أوله، وإن استغرق إتمامه زمناً طويلاً.

فإن قيل: إن دعوة الغائب وإعذاره ومحاولة إحضاره قد يستغرق زمناً تضيع فيه البينات،

وتضيع بذلك الحقوق، فالجواب أن الحنفية لم يمنعوا من سماع البينة على الغائب كما قدمنا، فلتسمع البينة ولتحفظ بتسجيلها لدى القاضي، حتى إذا حضر المدعى عليه بعد دعوته أُعلم بها، وقضي عليه بها إن لم يكن عنده دفع لها. وأما أن يقضى على الغائب من غير دعوته للحضور، ولا امتناعه عن ذلك، وربما تطول غيبته، وينفذ عليه الحكم في ماله المعروف ولايصل إلى علمه كل ذلك إلا بعد مدةٍ طويلة قد يكون المحكوم له قد تصرف فيها بالمحكوم فيه، وفوت عينه، فإن هذا الاجتهاد في نظرنا يؤدي إلى ظلم، وخصوصاً إذا حضر الغائب وتبين أن له دفعاً مقبولاً لدعوى المدعي أو بينته، وليس من حاجة إلى سلوك هذا السبيل، فقد تبين أن مذهب الحنفية يراعي جميع هذه الاعتبارات.

هذا ولا يقاس الغائب بالميت أو الصغير، لأنهما لاتصح دعوتهما للحضور لعدم فائدتها، فيكون القضاء عليهما من قبيل دفع ضرورة إيصال الحقوق إلى أصحابها، وعدم إزعاجهم بالانتظار الطويل. على أن الحنفية كما قدمنا لا يرون القضاء على الميت إلا في مواجهة وصيه أو وارثه أو من أوصى له بأكثر من ثلث ماله أو قيم بيت مال المسلمين إن لم يكن له وارث أو وصي[1]. والصغير كذلك لا يقضى عليه إلا في مواجهة نائبه الشرعي.

كما أنه لا يصح قياس القضاء على الغائب بسماع البينة عليه، لأن ضرورة حفظ البينة من الضياع اقتضت جواز سماعها على الغائب، والضرورة تقدر قدرها، والغائب لا تعرف ضرورة القضاء عليه إلا بعد دعوته، فقد يحضر ولا يكون عندئذ ضرورة، فإن تبين أنه مفقود أو مختفٍ ونحوه، فتكون عندئذ ضرورة تستدعي تصحيح القضاء عليه.

وأما تضارب الأخبار عن الصحابة بحيث احتج بعملهم كل من المجيزين والمانعين فلعل توضيحه: أنهم كانوا يقضون على الخصم الغائب، إذا رأوا حاجة لذلك أو عذراً كأن يكون الغائب مفقوداً أو ممتنعاً أو مستتراً، أو كانت حاجة ماسة للمدعي في التعجيل بالحكم له بحقه، وكانوا يرفضون ذلك إذا لم تكن هناك حاجة ماسة، ولهذا صح عن عمر وعثمان

---

(١) انظر ص ٨٢.

رضي الله عنهما أنهما حكما على المفقود بالرغم من غيابه، لم يخالف أحد من الفقهاء في صحة القضاء عليه، وذلك لضرروة ظاهرة في هذه الحالة.

القضاء على الغائب في نظم الإجراءات الحديثة:

تذهب النظم الإجرائية المعاصرة إلى جواز القضاء على الغائب، بل وجوبه إذا توفرت الشروط، ودعت الأسباب لذلك، ولكن لا ينبغي أن يعتقد بأنها في ذلك تحاكي مذهب جمهور الفقهاء، **بل سيتضح مما يلي أنها أقرب إلى مذهب الحنفية من المذاهب الأخرى:**

١- فهي أولاً توجب دعوة كل خصم ترفع عليه الدعوى للحضور إلى المحكمة، مهما كان بعيداً، وذلك على الكيفية التي أشرنا إليها في أوائل هذا الفصل.

٢- فإذا حضر المطلوب نظرت الدعوى وفقاً للطريقة التي تقدمت في الفصل الأول من هذا الباب،وإذا تخلف عن الحضور وجب النظر في الدعوى، والقضاء عليه إذا قامت الأدلة ضده، أو له إن قامت له.

هذا هو الأصل الذي سارت على مقتضاه مختلف التشريعات، وإن كانت قد تطورت في فترات مختلفة بالنسبة للكيفية التي يُدعى بواسطتها الخصم المطلوب، وبالنسبة للرعاية التي أحيط بها الغائب.

ثم طبقت هذا الأصل على مختلف الصور العملية المحتملة بالنسبة لحضور الخصم وغيابهم بطريقة تكاد تكون متقاربة عند مختلف التشريعات مع اختلاف بسيط بينها.

فإذا جاء موعد الجلسة المحددة للنظر في القضية المعينة أُمر بالمناداة على المدعي والمدعى عليه، فإن وجدا نظرت القضية وفقاً للأصول القانونية، وإلا فإنه يحتمل حدوث صور مختلفة، جعلت التشريعات لها أحكاماً مختلفة، ولكنها لا تخرج عن ذلك الأصل المذكور، **وفيما يلي نستعرض هذه الصور المحتملة والأحكام التي جُعلت لكل واحدة منها:**

أولاً- فقد يتبين بعد المناداة أن الخصمين لم يحضرا: **وفي هذه الحالة نجد أن التشريعات**

المعاصرة قد سلكت واحداً من سبيلين:

أ- فقد ذهب معظمها إلى أن المحكمة يجب عليها في هذه الحالة أن تقرر ترك الدعوى حتى مراجعة أحد الطرفين المتنازعين في مدة معينة تحسب من الوقت الذي صدر فيه هذا القرار[1].

ثم إذا طلب أحد الخصمين المضي في نظر الدعوى، وكان طلبه هذا أثناء المدة القانونية، وجب تحديد جلسة جديدة يعلن بها الخصم الآخر، ولا يكلف هذا الغائب بقيد جديد للدعوى في جدول قضايا المحكمة، لأن القيد السابق لم يؤثر عليه قرار ترك الدعوى[2]، وإنما تبقى قائمة بجميع الآثار التي تترتب على رفعها، فإذا تداركها أحد الخصوم فإنها تعود من النقطة التي وقفت عندها[3].

وأما إذا مضت المدة المضروبة من غير أن يتقدم أحد الخصمين بطلب عرض القضية من جديد للمحاكمة، فذهبت القوانين جميعها إلى إبطال صحيفة الدعوى، وإلغاء قيدها واعتبارها كأن لم تكن[4]. على أن هذا لا يعني سقوط الحق المدعى به، وإنما للمدعي أن يرفعها من جديد بأن يسلك الطريق القانوني لذلك[5]، ويستثنى من هذا الحكم ما لو غاب الطرفان بعد أن كانت الدعوى صالحة للحكم فيها، حيث يحكم فيها ولا يؤثر عليها غيابهما[6].

---

(١) اختلفت التشريعات في هذه المدة، فجعلتها بعض القوانين شهراً وبعضها شهرين، وبعضها سنة – المادة ٥٥ فقرة(١) من قانون المرافعات العراقي، القانون المصري الجديد للمرافعات م٨٢، بعض القوانين السابقة للمرافعات – شرح قانون الإجراءات: ص٣٥٣.

(٢) اصول المرافعات: ص٥١٩، شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٣٥٢، شرح قانون المرافعات العراقي – ضياء شيت خطاب: ص٢٦٩، ٢٧٠.

(٣) المرافعات المدنية – محمّد حامد فهمي: ص ٤٧٦.

(٤) المادة ٨٢ من قانون المرافعات المصري الجديد ، المادة ٥٥ فقرة ٢ من قانون المرافعات العراقي.

(٥)شرح قانون المرافعات العراقي – ضياء شيت خطاب: ص٢٦٩ ، المادة ٥٥ فقرة ٢ من قانون المرافعات العراقي.

(٦) المادة ١/٨٢ من قانون المرافعات المصري الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

غير أن الحكم السابق لا يطبق على حالة غياب الطرفين إلا بعد أن تتأكد المحكمة من صحة الإجراءات التي اتُبعتْ في دعوة الخصوم إلى المحكمة، وإلا فإن هذه الإجراءات تعاد مرة أخرى، بحيث تراعى فيها الأصول المنصوص عليها[1].

٢- وهنالك بعض النظم الإجرائية ذهبت إلى إبطال صحيفة الدعوى وإلغاء قيدها في حالة غياب الطرفين جميعاً، وذلك من غير إعطائهم مهلة معينة يطلبون فيها عرض القضية للمحاكمة مجدداً وإن كان هذا لا يعني سقوط الحق المدعى، ولا حق الادعاء به[2]. وبناءً على هذا الحكم تعتبر الدعوى كأنها لم ترفع بالكلية، فلا يترتب عليها أي أثر قانوني[3].

ثانيا- ويُحتمل أن يظهر بعد المناداة على الخصوم أن أحد الخصمين قد تخلف عن الحضور إلى المحكمة، ويختلف الحكم في هذه الحالة بين ما إذا كان المتغيب هو المدعي وبين ما إذا كان المدعى عليه:

أ- غياب المدعي:

فإذا تخلف المدعي عن الحضور في الجلسة الأولى فقد تفاوتت التطورات التشريعية الإجرائية بين رعاية زائدة للغائب وقسوة متشددة عليه:

١- فقد كان قانون المرافعات المصري يعطي الحق للمدعى عليه الذي حضر في أحد أمرين: إما إبطال جميع الإجراءات التي قام بها المدعي لجلب المدعى عليه أمام المحكمة وإبطال جميع ما تم في القضية، واعتباره كأنه لم يكن، من غير أن يكون لذلك أي أثر على الحق المدعى به.

وإما أن يطلب المدعى عليه الحكم له غيابياً في أصل الدعوى، فيجب تلبية طلبه، وقد

---

(١) شرح قانون المرافعات العراقي - ضياء شيت خطاب: ص٢٦٩
(٢) انظر المادة ١١٩ من قانون أصول المحاكمات السوري.
(٣) اصول المحاكمات المدنية - رزق الله انطاكي: ص٣٢٧.

يؤدي النظر فيها إلى الحكم على المدعي أو له، وكان القانون يجعل-في هذه الحالة- حقاً للمدعي الغائب المحكوم عليه في معارضة الحكم الصادر عليه[1]. وقد ذهب قانون المرافعات العراقي مذهباً قريباً من هذا[2].

٢- ثم عُدل ذلك الحكم بعد ذلك، فأوجب القانون تأجيل نظر القضية لجلسة أخرى، وكلف المدعى عليه الحاضر أن يقوم بإعلان خصمه الغائب بميعاد الجلسة الجديدة، فإن حضر نظرت الدعوى بحضور الطرفين، وإلا جعل للمدعى عليه ذلك الخيار المتقدم في طلب الحكم في موضوع الدعوى أو اعتبارها كأن لم تكن، غير أن الحكم في هذه المرة لا يكون قابلاً للمعارضة من قبل المدعي المحكوم عليه، وإنما يكون كبقية الأحكام قابلاً للطعن بالطرق الأخرى[3].

٣- واستقر الأمر بالقانون المصري على النحو التالي:

إذا تغيب المدعي في الجلسة الأولى المحددة لنظر دعواه، وحضر المدعى عليه وجب على المحكمة أن تحكم في الدعوى إذا أظهر المدعى عليه استعداداً للسير في الدعوى، وذلك في الجلسة الأولى من غير أن تؤجل القضية إلى جلسة أخرى ولا يكون للمدعي حق معارضة الحكم الصادر عليه[4].

وهذا الذي استقر عليه قانون المرافعات المصري هو أشد ما قرر من أحكام بصدد غياب المدعي كما هو واضح، حيث ألغى حقه في إعلانه بجلسة جديدة تؤجل إليها القضية، كما ألغى حقه في معارضة الحكم الصادر في حقه، وكانت القوانين السابقة تبقي على أحد هذين الحقين ولا تلغيهما جميعاً.

---

(١) المرافعات المدنية – أبو هيف: ص٥٩١، المرافعات المدنية – محمّد حامد فهمي: ص ٤٧٣،٤٧٦.

(٢) المادتان ٥٦،٥٧ من قانون المرافعات العراقي.

(٣) شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٣٥٥.

(٤) المادة ٨٢ فقرة ٢ من قانون المرافعات المصري الجديد، اصول المرافعات: ص٥١٦.

هذا وقد جعل للمدعى عليه الحق في أن ينسحب في حالة غياب المدعي أو أن يسلك مسلكاً سلبياً، فلا يبدي أقوالاً أو طلبات، ويجب على المحكمة في هذه الحالة أن تحكم بشطب الدعوى، وذلك أن المحكمة-في هذه الحالة-تجد أمامها دعوى بلا خصوم فتطبق عليها الحكم القانوني الخاص بحالة تغيب طرفي الدعوى(١). على أنه يندر غياب المدعي، لأنه لا يرفع الإنسان دعوى، ويتكلف المصاريف ليهملها، ولكنه أمر محتمل، وقد يكون مقصوداً وقد لا يكون كذلك، وإنما قد يدعو إلى تخلفه عذر أو حادث اضطراري، والنظام السابق إن كان موفقاً في الحالة الأولى حيث يفوت على المدعي قصده، فيحرمه مما سعى إليه بمماطلته، إلا أنه يقسو لدرجة الظلم على الغائب في الحالة الثانية، حيث يكون للمدعي عذر مقبول في تغيبه كمرض أو انقطاع طريق أو نحو ذلك، ولا يحل هذه المشكلة ما كان معمولاً به من تساهل مع المدعي الغائب، وإنما نعتقد أن خير مسلك في هذه الحالة هو مسلك القانون العراقي والسوري في المرافعات، حيث أخذا بعين الاعتبار هذه العوائق التي لا تقع تحت سيطرة الإنسان وإرادته(٢).

ب- غياب المدعى عليه:

وأما إذا تبين بعد المناداة على الخصوم-أن المتخلف هو المدعى عليه، فيجب أولاً أن تتأكد المحكمة من صحة إعلانه، فإن وجدته باطلاً أمرت المدعي بإعادة إعلانه إعلاناً صحيحاً(٣).

ثم إذا صح الإعلان الموجه للمدعى عليه، أو كان صحيحاً من البداية، وتخلف بالرغم

---

(١) اصول المرافعات: ص٥١٦، شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٣٥٥.

(٢) المادة ٥٦،٥٧ من قانون المرافعات العراقي ، شرح قانون المرافعات العراقي، - ضياء شيت خطاب: ص٢٧١ ، المادة ١٢١ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري.

(٣) الوجيز في اصول المحاكمات - رزق الله انطاكي: ص٣٣٥، شرح قانون المرافعات العراقي - ضياء شيت خطاب: ص٢٧١، شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٣٥٣، المادة ٨٥ من قانون المرافعات المصري الجديد.

من ذلك عن الحضور في الجلسة الأولى المحددة لنظر القضية، **فقد اختلفت التشريعات بعض الاختلافات في الأحكام التي قررتها لهذه الحالة:**

١- فقد ذهبت بعض القوانين إلى أنه يجب على المحكمة أن تأمر بتأجيل نظر القضية إلى جلسة أخرى يعلن المدعي بها خصمه الغائب، فإن ظل متخلفاً عن الحضور وجب الحكم عليه إن قامت الأدلة ضده، ويعتبر الحكم في هذه الحالة حضورياً (وجاهياً) بحيث لا يصح للمحكوم عليه أن يعارضه أمام المحكمة التي أصدرته[١]، إلا أن القانون المصري قد استثنى من وجوب إعادة إعلان المدعى عليه حالة ما إذا كان الإعلان الأول قد وجه لشخصه، ولم يرد مثل هذا الاستثناء في القانون السوري.

٢- وذهبت بعض القوانين الأخرى إلى أنه إذا تغيب المدعى عليه يخير المدعي بين أن يطلب الحكم عليه بحيث يكون للغائب المحكوم عليه حق الاعتراض على الحكم الصادر عليه، أو أن يطلب تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن بها الخصم الغائب، فإن تخلف بعدها حُكم عليه، بحيث لا يكون له هذه المرة الحق في معارضة الحكم إلا بطرق الطعن العادية[٢].

٣- وكانت بعض التشريعات القديمة تذهب إلى أنه في حالة تغيب المدعى عليه يحكم عليه إن ثبتت الدعوى بالحجج القانونية، ويكون الحكم الصادر قابلاً للطعن بطريقة المعارضة[٣].

هذا وينبغي أن يلاحظ بأن تلك الأحكام إنما جعلتها القوانين مرتبة على غياب أحد الطرفين عن بداية المحاكمة أي عن الجلسة الأولى، ولكن إذا حضر أحد الخصوم في بداية المحاكمة، ثم تغيب عن إحدى الجلسات الأخرى التي أُجلت إليها القضية، وجب على المحكمة نظرها، والحكم على الغائب حكماً لا يقبل المعارضة[٤].

---

(١) المادة ٨٤ من قانون المرافعات المصري الجديد. والمادتان ١١٦، ١١٧ من قانون أصول المحاكمات السوري.

(٢) المادة ٥٨ من قانون المرافعات العراقي، وشرحه لضياء شيت خطاب: ص٢٧١.

(٣) المرافعات المدنية - أبو هيف: ص٥٩٢، المرافعات المدنية - محمّد حامد فهمي: ص٤٧٦.

(٤) الوجيز في اصول المحاكمات - رزق الله انطاكي: ص٣٢٥، م ١١٤ أصول المحاكمات السوري.

ثم إن كثيراً من القوانين المعاصرة وضعت أحكاماً مختلفة عن تلك التي قدمناها بالنسبة لتخلف بعض المدعين أو بعض المدعى عليهم إن كانت الخصومة بين كثيرين:

ففي حالة تعدد المدعين وتغيب بعضهم: **اختلفت التشريعات أيضاً في أحكام هذه الحالة بما يتناسب مع اختلافهم في أحكام غياب المدعي المنفرد:**

١- فبعضها قررت وجوب الحكم في الدعوى بالرغم من تخلف بعض المدعين عن الحضور واعتبار الحكم حضورياً بالنسبة لجميع أطراف القضية[(١)].

٢- وبعضها أوجب تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن بها من غاب من المدعين بحيث إذا عادوا إلى التخلف حكم في الدعوى، واعتبر الحكم حضورياً في حق الجميع[(٢)].

٣- وبعضها جعل الخيار للمدعي في أن يطلب الحكم في الدعوى مع اعتباره قابلاً للطعن بالمعارضة في حق الغيب من المدعين، أو يطلب تأجيل نظر القضية إلى جلسة أخرى بحيث يصدر الحكم فيها، ويكون الحكم حضورياً بالنسبة للجميع[(٣)].

وفي حالة تعدد المدعى عليهم وتغيب بعضهم، فقد ذهب كثير من التشريعات إلى وجوب تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن بها الغيب من الخصوم، فإن ظلوا متخلفين عن الحضور وجب الحكم في الدعوى، وليس للغائبين حق معارضة الأحكام الصادرة عليهم **غير أن قانون المرافعات المصري الجديد استثنى من وجوب إعادة إعلان الغائبين حالتين:**

الأولى- أن تكون الدعوى في أمر مستعجل.

الثانية- أن يكون الغائبون من المدعى عليهم قد جرى إعلانهم لأشخاصهم.

ففي هاتين الحالتين يحكم في الدعوى مباشرةً، ولا يؤجل نظرها لإعلان الغائبين مرة

---

(١) المادة ٢/٨٢ من قانون المرافعات المصري الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م

(٢)المرافعات المدنية – أبو هيف: ص٥٩٥.

(٣)شرح قانون المرافعات العراقي – ضياء شيت خطاب: ص٢٧٢ .

أخرى، ويكون الحكم حضورياً[1]. كما أن بعض القوانين جعلت الحق للمدعي بأن يطلب الحكم في الدعوى مباشرةً من غير تأجيل نظرها وإعادة إعلان الغائبين، ولكن بحيث أن يكون الحكم قابلاً للمعارضة بالنسبة للغائبين، وإن كان حضورياً بالنسبة للحاضرين منهم[2].

يخلص مما تقدم أن غياب الخصوم أو بعضهم يؤدي إلى إحدى النتائج التالية:

أ- **الحكم في الدعوى**: وذلك إذا غاب المدعي، و لم يطلب المدعى عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن، أو إذا غاب المدعى عليه، فيحكم في الدعوى، إلا أن الحكم الصادر قد يكون حضورياً في حق الغائب أوغيابياً قابلاً للاعتراض عليه، وذلك حسب التشريعات المختلفة التي سبق ذكرها، على أنه- في هذه الحالة- قررت معظم التشريعات أنه لا تقبل طلبات جديدة يقدمها الطرف الحاضر في غياب خصمه[3].

ب- **شطب الدعوى**: ويكون ذلك في صورتين:

الأولى- غياب الطرفين جميعاً في أية جلسة من جلسات المحاكمة.

الثانية- غياب المدعي وحضور المدعى عليه، إذا كان سلبياً في مسلكه بحيث لم يتقدم بأية طلبات.

ج- **اعتبار الدعوى كأن لم تكن**: وهذه النتيجة لم تعد موجودة في قانون المرافعات المصري الجديد، وذلك لأنها كانت تترتب على تغيب المدعي عن الحضور، وبعد التعديلات الجديدة لم يعد أمام المدعى عليه-في هذه الحالة-إلا أن يطلب الحكم في الدعوى.

٢- كما يتضح مما مرّ أيضاً أن بعض القوانين[4] قد استقر على حرمان أي غائب من

---

(١)المادة ٨٤ من قانون المرافعات المصري الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م

(٢) شرح قانون المرافعات العراقي - ضياء شيت خطاب: ص٢٧٢ ، المرافعات المدنية - أبو هيف: ص٥٩٤.

(٣) المرافعات المدنية - أبو هيف: ص٥٩١. ، أصول المرافعات: ص٥٢١ .

(٤) كالقانون المصري الجديد والقانون السوري.

حقه في معارضة الأحكام الصادرة عليه في غيابه، ولم يكن هنالك مجال للطعن بالاعتراض عليها أمام نفس المحكمة التي أصدرتها، اللّهمّ إلا في بعض الأحوال الاستثنائية التي تتعلق ببعض مسائل الأحوال الشخصية[1].

٣- ويمكننا أيضاً أن نستخلص مما تقدم أن النظم المعاصرة للإجراءات فيها مجال لتصحيح الحكم للغائب، بالإضافة إلى إجازة الحكم عليه، وذلك في حالة غياب المدعي وطلب خصمه المدعى عليه الحكم في الدعوى، إذ قد يحكم له بالرغم من غيابه، وهذه النتيجة لم يقل بها أحد فقهاء المسلمين كما اتضح مما قدمناه، إذ كلهم متفقون على أنه لا يصح الحكم للغائب قصداً، وإن كان يصح ذلك تبعاً، بأن يكون الحكم لغيره ممن له به علاقة.

خلاصة:

أولاً- إن ما سبق تفصيله من أحكام الغياب والحضور في النظم الحديثة يدل على صحة ما قلناه سابقاً من أن القانون قد اتخذ مسلكاً قريباً من مسلك الحنفية من فقهاء المسلمين، وذلك أنه لا يصح في كليهما أن يقضى على غائب لم يدعَ إلى الحضور، وأنه لا بدّ من دعوة كل خصم مهما كان بعيداً،وأما بقية المذاهب الإسلامية فقد أجازت القضاء على الغائب البعيد حتى ولو لم توجه إليه الدعوة بالحضور إلى مجلس الحكم.

ثانياً- كما يتبين أيضاً أن هنالك بعض صور الغياب تعرضت لها القوانين المعاصرة بينما لا نجد لها ذكراً في كتب الفقهاء: فإنهم لم يبحثوا بالتفصيل إلا الصورة التي يكون فيها المدعى عليه غائباً، كما أشاروا من طرف خفي جداً إلى حكم غيبة المدعي حينما قرروا جميعاً بأنه لا يصح الحكم للغائب إلا تبعاً، وذلك كأن يدعي أحد الورثة على آخر بشيء للميت فإذا برهن حكم له وللورثة جميعاً (وقد ذكرنا سابقاً أن القضاء للمدعي قصداً ممكن في النظم الحديثة في بعض الصور). **ولم يذكر الفقهاء قصداً غير الصورتين السالفتي الذكر:**

---

(١) أصول المرافعات: ص٦٨٩، ٦٩٠، الوجيز في اصول المحاكمات - رزق اللّه انطاكي: ص٣٣٨.

أ- فلم يبحثوا حالة تغيب الطرفين عن الحضور، ولم يذكر عندهم إجراء كشطب الدعوى الذي تبنته معظم القوانين الإجرائية المعاصرة، ونعتقد أن السبب في ذلك هو بدهية الحكم الذي ينبغي ترتيبه على ذلك، وذلك أن رفع الدعوى في الفقه الإسلامي لم يكن معقداً كما نراه اليوم، ولا كان ذا كلفة كبيرة، حيث لم يكن أحد يطالب بدفع رسم للدولة كلما قصد الحاكم من أجل طلب حقّه، وإنا لنعتقد أنه في ظل مثل هذا النظام إذا تخلف الخصوم عن الحضور فليس من داعٍ إلى إبقاء الدعوى مرفوعة مع تغيب طرفيها.

ومن جهة أخرى فإن المدعي في الفقه الإسلامي هو الذي لا يجبر على الخصومة إذا ترك، فإذا تخلف فلا يجبر على مواصلة دعواه، والمدعى عليه يجبر على الخصومة إذا كان هناك دعوى، ولا دعوى بلا مدعٍ، فإذا تخلف المدعى عليه، وكان المدعي متخلفاً، فلا يكون أحد منهما مجبراً على الحضور.

ب- كما أنهم لم يبحثوا بالتفصيل حالة تخلف المدعي، وحضور المدعى عليه، والسبب في ذلك هو ما قلناه من أن المدعي لا يجبر على الخصومة إذا تركها، ولكن قد يقال: إن فتح هذا الباب للمدعي بحيث يستطيع الانسحاب من الدعوى كلما أراد، فيه عبث بخصمه من جهة، وبالقضاء من جهة أخرى، وقد يكون للمدعى عليه مصلحة معتبرة في استمرار الدعوى إلى أن يصدر فيها الحكم.

والجواب على ذلك: أن القاضي مأمور بتعزير المماطل اللدود كلما تبين ذلك في أحد المتخاصمين، وهذه العقوبة كافية لردع أصحاب النيات السيئة، وأما أنه قد يكون للمدعي مصلحة، فإن ذلك لا يفترض إلا إذا أراد المدعى عليه توجيه دفع يكون أثره إسقاط الحق المدعى به عليه، فإن حضر وفعل ذلك بأن ادعى إبراء من المدعي أو حوالة أو إيفاء أو غير ذلك، فإنه ينقلب في هذه الحالة إلى مدعٍ، فينبغي-بناءً عليه-دعوة المدعي الأصلي إلى الحضور للنظر في الدفع الذي أبداه خصمه، وأما إذا أصرّ المدعى عليه على إحضار المدعي من أجل إقامة بينته إن كان له بينة، من غير أن يكون له دفع للحق المدعى به عليه، فلا ينبغي أن يستفيد من هذا الإصرار، ولعل هذا هو السبب الذي حدا بالنظم المعاصرة إلى التفصيل في هذه الحالة بين ما إذا سلك المدعى عليه مسلكاً سلبياً، بحيث لم يتقدم بأي طلب، فيحكم بشطب الدعوى، وبين

ما إذا أبدى طلبات جديدة، حيث أوجبت بعضها إعلان المدعي بجلسة جديدة تؤجل إليها القضية، ونرى أن هذا البعض هو الذي وفق للصواب، وأما الذين أجازوا للمحكمة الحكم في الدعوى في هذه الحالة مباشرةً من غير دعوة المدعي الغائب إلى الحضور في جلسة جديدة، فقد جانبوا الصواب، لأن المدعى عليه إذا تقدم بطلبات، فقد أصبح في مركز المدعي، والغائب في مركز المدعى عليه، فتجب دعوته للحضور إلى جلسة جديدة تحددها المحكمة.

جـ- وأما حالة تعدد المدعين أو المدعى عليهم، فالواقع أن الفقهاء المسلمين-وخصوصاً الحنفية منهم- قد أشاروا إلى ما يتعلق بهذه الصورة، وذلك في حالة اتحاد الدعوى بينهم جميعاً، ونقصد باتحاد الدعوى أن يكون هنالك اتصال وثيق بينهم في الحق المدعى، إلا أنهم قد وضعوا لهذه الحالة أحكاماً تختلف إلى حد ما عمّا قررته القوانين المعاصرة: فهم قد أجازوا القضاء للغائب أو عليه من غير دعوته للحضور، وجعلوا له إذا رجع من غيبته الحق في دفع الأحكام الصادرة في حقه. وفيما يلي نذكر المواضع التي يكون فيها بين المدعين أو بين المدعى عليهم اتصال وثيق في الحق المدعى بحيث يجوز فيها الحكم على الغائب أو له بواسطة الحكم على الحاضر منهم[1]:

الموضع الأول- إذا كان الشيء المدعى حقاً يثبت لكل من الحاضر والغائب على الكمال لعدم تجزئه، ووجود سببه في كل واحد منهما، وفيما يلي أمثلة على ذلك:

١- إذا اثبت المدين إعساره في وجه أحد دائنيه، ثبت ذلك في حقهم جميعاً، وليس لأحدهم أن يطلب بعد ذلك-حبسه بما له عليه من دين، ولا يجوز له أن يدفع بأنه كان غائباً، وإنما له أن يدفع دعوى الإعسار بما يثبت عكسه إذا حضر.

٢- إذا وقف رجل أرضه على قرابة، وجعل النظر على هذا الوقف لأكثر من ناظر ثم ادعى رجل في مواجهة أحد النظار وغيبة الباقين أنه من أقرباء الواقف، ويستحق في ريع الوقف نصيباً، فإنه تسمع دعواه، وينظر فيها رغم غياب بقية النظار: ولو حكم في مواجهة أحدهم باستحقاق المدعي في ريع الوقف لم يكن لهم أن يعارضوا في الحكم بحجة أنهم لم يكونوا حاضرين.

---

(١) أخذنا هذه المواضع مع بعض التصرف من كتاب الأصول القضائية للشيخ علي قراعة: ص٣٦-٤٦.

٣- إذا كان وقف بين أخوين، فمات أحدهما، وبقي الوقف في يد الحي وأولاد الميت، فبرهن الحي على واحد من أولاد أخيه الميت أن الوقف بطن بعد بطن، فلا يستحقون في الوقف شيئاً إلا بعد وفاته، جاز ذلك، ونظرت الدعوى، وإذا حكم على الحاضر من المستحقين بما ادعى المدعي انسحب الحكم على الغائبين.

الموضع الثاني- إذا كان الشيء المدعى ديناً أو حقاً يشترك فيه الحاضر والغائب بسبب واحد حتى يحصل الاتصال التام بينهما فيه، ففي هذه الحالة ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، ويكون الحكم له أو عليه حكماً للغائب أو عليه، وهذا عند أبي يوسف ومحمد خلافاً لأبي حنيفة، **ومن الأمثلة على ذلك ما يلي:**

١- فلو ادعى شخص على آخر أنه وفلاناً الغائب اشتريا منه الدار التي تحت يده بكذا صفقة واحدة، ونقداه ثمنها، تسمع دعواه، ولا يشترط حضور الغائب، وإذا حكم له انسحب الحكم على شريكه الغائب، ثم قالوا: ويدفع إلى الحاضر نصيبه ويودع نصيب الغائب عند ثقة حتى يحضر، ولا يقسم بينهما، فلو حضر الغائب، وجحد الشراء بطل نصيبه فيه، وجاز نصيب الحاضر.

وكذلك لو ادعى شخص على آخرين أنهما مدينان له بصورة مشتركة، وأقام الدعوى في وجه أحدهما قبلت، ونظرت، حتى إذا برهن عليه قضي له على الحاضر والغائب.

الموضع الثالث: أن يكون ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعى على الحاضر، ففي هذه الحالة ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، ويحكم على الاثنين، وإنما يشترط في هذه الحالة أن يكون الحاضر خصماً بذاته للمدعي، وإلا (بأن كان الحاضر غير صالح لأن يكون خصماً بذاته) لم يجز الحكم عليه ولا على الغائب: كما في المودع لديه لا ينتصب خصماً عن المودع الغائب، وإن كان ما يدعى على هذا الأخير سبباً لما يدعى عليه، لأنه ليس بخصم في حد ذاته، فلم يصلح أن يكون خصماً عن غيره، **وقد ذكروا أمثلة على ذلك:**

١- لو ادعى شخص على آخر ميراثاً أو نفقة، لأنه أخوه: فهذه الدعوى تتضمن دعوى

أخرى على والد المدعى عليه أنه والد للمدعي، ففيهما اثنان مدعى عليهما، الأب الغائب، والأخ الحاضر، فتقبل، ويقضى على الغائب والحاضر إذا برهن المدعي على دعواه.

٢- كذلك لو كانت دار في يد رجل، فادعى آخر أنه اشتراها من ثالث غائب فقال ذو اليد: هي لي، فبرهن المدعي على دعواه، فإنه يحكم على الحاضر ذي اليد والغائب لأن ما يدعى على الغائب، وهو البيع سبب لا محالة لما يدعى على الحاضر من ملكية الدار، إذ لو ثبت الشراء من الغائب لثبتت ملكية المدعي على الحاضر.

٣- ومثل ذلك ما لو ادعى أحد على آخر أنه اشترى من شريكه الغائب جزءاً من العقار المشترك بينهما، وأنه له فيه حق الشفعة، فقال ذو اليد: إنه لي وما شريته من أحد، تقبل دعوى المدعي، مع أن الدعوى أُقيمت على اثنين، أحدهما حاضر وهو ذو اليد، والثاني غائب وهو البائع، فإذا برهن المدعي على دعواه قضي له على الحاضر بالشفعة وعلى الغائب بالتصرف الذي كان سبباً في ثبوت حق الشفعة.

الموضع الرابع- يحدث التعدد في المدعين أو المدعى عليهم في الدعاوي التي يرفعها الورثة أو ترفع عليهم، فإنه قد تقبل الدعوى من بعضهم أو على بعضهم فيسري الحكم الصادر فيها على جميعهم، وذلك فيما يتعلق بالتركة الموروثة، وذلك أن الشارع اعتبر الوراث نائباً عن مورثه، فينوب منابه في جميع المخاصمات والمنازعات، سواءً كان مدعياً أو مدعى عليه: فإذا كان مدعياً بحق للميت على أحد، وحكم له به، يكون المحكوم له في الحقيقة هو الميت، وحيث كان الأمر كذلك، وكان من الثابت بداهة أن الورثة إنما يملكون أموال الميت وحقوقه بطريق الخلافة عنه، فإذا أصبح محكوماً عليه بأنه لا يملك عيناً من الأعيان لم يكن هنالك وجه لأن يتملكوها.

على أنه لا بدّ أن يلاحظ في هذا الموضع أن بعض الحاضرين من الورثة سواءً كان هذا البعض مدعياً أو مدعى عليه لا ينتصب خصماً عن البعض الآخر **إلا بشروط ينبغي تحقيقها وهي:**

١- أن يكون المدعى به حقاً من حقوق الميت، ويدعيه الوارث له، أو يدعيه الأجنبي عليه فإن ادعى الوارث لنفسه فقط، كأن يدعي أن ذلك الحق هو حصته التي نالها بعد القسمة، فلا يعتبر خصماً عن الباقين، ولا يحكم إلا له، وكذلك إذا ادعى على الوارث

شيئاً لا علاقة للميت به، فإنه إذا أثبت ذلك لم يقضَ إلا على المدعى عليه الحاضر.

٢- وفي دعوى العين على الميت يشترط أن ترفع في مواجهة من كانت العين المدعاة في حيازته، فإذا رفعت عليه وثبتت، قضي على الحاضر والغائب من الورثة، ولا تكون الدعوى صحيحة إذا رفعت على غير حائز العين من الورثة ولكنهم قالوا: إن الحكم الصادر في هذه الدعوى لا يسري على الغائب إلا إذا صدق الوراث الحاضر بأن هذه العين قد وصلت إليهم عن طريق الإرث، فإن قال: هي ملكنا اشتريناها من فلان، فإن الحكم الصادر في هذه الدعوى لا يظهر في حقه، وإنّما في حق الحاضر فقط.

تلك هي المواضع التي قد يتعدد واحد من طرفي الخصومة،وهي-كما اتضح- يتحقق فيها اتصال وثيق بين المتعددين في الحق المدعى، فإن لم يكن بينهم اتصال في الحق المدعى، فيجب أن تتعدد الدعاوي والأحكام.

غير أنه ينبغي التنبيه على أن الفقهاء لا يكيفون الحكم في هذه الحالات بأنه قضاء على الغائب أو له بطريقة أصلية، وإنما هو قضاء على الحاضر ينسحب أثره على الغائب، معتبرين الحاضر-في جميع الأحوال السابقة- قائماً مقام الغائب في الخصومة، وبناءً على هذا نستطيع أن نستنتج القاعدة التالية، وهي:

أنه إذا تعدد المدعون أو المدعى عليهم، فحضر بعضهم، نظرت الدعوى في حق الجميع، وصدرت الأحكام بالنسبة لهم جميعاً إذا كان الحاضر منهم يصلح أن يكون خصماً عن الغائب، والمواضع التي قدمناها هي التي يصلح فيها أن ينصب الحاضر خصماً عن الغائب.

وهذا التكييف لا نجده لدى النظم المعاصرة في الإجراءات ولا عند فقهائها: فهم حينما يجيزون القضاء على الغائب من أطراف الدعوى في حالة التعدد لا يعتبرون ذلك قضاء على نائبه الحاضر، وإنما هو قضاء عليه بطريقة أصلية، ولذلك يجب دعوته للحضور قبل إصدار الحكم عليه. بينما لا يوجب الفقهاء دعوته في تلك الحالات التي ذكرناها، لأن النيابة عنه قد تحققت في شخص الحاضر، فلا حاجة لدعوته وإن كانوا يحتفظون للغائب بحقه في إبداء الدفع الشرعي للدعوى إذا حضر.

الفصل الثالث

جواب الدعوى

إذا استوفى المدعي في دعواه جميع الشروط المطلوبة لصحتها ترتب على المدعى عليه وجوب الإجابة عنها، والجواب لا يخرج عن أن يكون إقراراً أو إنكاراً أو ما في معناهما أو دفعاً لأصل الخصومة أو لاستحقاق الحق المدعى، وبناءً على هذا نجعل الكلام في هذا الفصل منحصراً في مبحثين هما:

المبحث الأول:

في أوجه الجواب المختلفة.

المبحث الثاني:

في دفع الدعوى.

ولأن الجواب، كأي تصرف شرعي، لا يكون صحيحاً إلا بشروط، نجعل في مقدّمة هذا الفصل ذكر هذه الشروط إن شاء الله تعالى.

مقدمة
في
شروط الجواب

إذا وجب الجواب على المدعى عليه كان عليه أن يتبع في ذلك الإسلوب الذي أقره الشارع، لأن الجواب تصرف كالدعوى، وله شروط بدونها لا يُقبل من المدعى عليه، فإذا أجاب على غير الكيفية المشروعة أُجبر على الإجابة الصحيحة وإلا اعتبر امتناعه نكولاً يعضد موقف المدعي أو إقراراً، وذلك حسب المذاهب المختلفة، وفيما يلي ذكر شروط صحة الجواب على الدعوى:

الشرط الأول:

يشترط في الجواب عن الدعوى أن يكون صريحاً وبصيغة جازمة، فلا يقبل من المدعى عليه أن يقول في الجواب على دعوى المدعي:

(ما أظنُّ له عندي شيئاً)[1]، وسبب ذلك أنه يشترط من أجل قبول الدعوى أن تكون بصيغة الجزم، فلا تقبل بألفاظ الشك، فكذلك يشترط في الجواب عليها ليعرف موقف الخصم بصورة جازمة معروفة.

---

(١) معين الحكام للطرابلسي: ص٦٤، أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٣٠ ب، لب اللباب: ص٢٥٦، الطريقة المرضية: ص٣٧.

الشرط الثاني:

ويشترط فيه أيضاً أن يكون مطابقاً للدعوى: وذلك بأن يجيب المدعى عليه عن جميع طلبات المدعي، ولا يتوقف عن الإجابة على جزء منها، بل ذهب بعض الفقهاء إلى أن الجواب لا ينبغي أن يكون أكثر عمومية من الدعوى، بأن يعمها ويعم غيرها كما لو أجاب بقوله: (لا حقّ لك قبلي) وذهب آخرون إلى أن مثل هذا الجواب مقبول[1] لأن قوله (لا حقّ لك) نكرة في سياق النفي فتفيد العموم كما هو معلوم في الأصول[2].

وكذلك قالوا: لا يكفي في الجواب على الدعوى بمائة جنيه مثلاً أن يقول: (ليس له على مائة) حتى يقول (ولا شيء منها)[3]، لأنه بدون ذلك ينكر استحقاق مائة عليه فقط ولا ينكر استحقاق الأقل، والمدعي يدعي عليه كل جزء من أجزاء المائة فلا يكون جوابه مستغرقاً لجميع طلبات المدعي وإنما لجزء منها، ويظل متوقفاً عن الجواب في حق باقي الأجزاء، فإن امتنع عن نفي جميع أجزاء المدعى به اعتبر ساكتاً عنها، ويعطى تصرفه هذا حكم السكوت أو الامتناع عن الجواب في حق الأجزاء التي لم يتطرق إليها في جوابه، وهو ما سنذكره فيما بعد، بل إن بعض فقهاء الحنبلية ذهبوا إلى أنه لا يكتفى في الجواب بالظاهر ولا بد من أن يكون نصاً[4] وذلك كما لو ادعى أحد على آخر ديناراً، فأجاب المدعى عليه: لا يستحق علي فلساً، لا يقبل الجواب عند هؤلاء حتى يصرح بنفي جميع أجزاء الدينار، ولكن الجمهور على خلاف هذا، لأن مثل هذا الجواب يتضمن نفي الجزء الاصفر نصاً، ويتضمن نفي الباقي من طريق الفحوى أو الدلالة.

---

(١) المهذب: جـ٢ ص٣١١، المنهاج وحاشية قليوبي: جـ٤ ص٣٣٨ ، لب اللباب: ص٢٥٦، الطريقة المرضية: ص٣٧.

(٢) كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٦.

(٣) غاية المنتهى: جـ٣ ص٤٥١، كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٦. الفروع: جـ٣ ص٨١٣، المنهاج وحاشية قليوبي: جـ٤ ص٣٣٨، أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٢٨ ب و٢٩ أ.

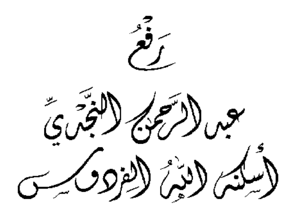
(٤) غاية المنتهى: جـ٣ ص٤٥١، كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٦. الفروع: جـ٣ ص٨١٣ .

الشرط الثالث:

ويشترط أن يكون الجواب صادراً عن شخص جائز التصرف[1] وذلك لأن الجواب تصرف يترتب عليه أثر شرعي يحتمل أن ينفع المتصرف ويحتمل أن يضره، وكما أن الأصل في الدعوى أن تقام على جائز التصرف، فكذلك الأصل في جوابها أن يصدر من جائز التصرف، وإذا كان بعض الفقهاء قد أجاز رفع الدعوى على صغير أو ميت أو مجنون إذا كان للمدعي بينة بدعواه، فإنه لا يجوز ابداً قبول الجواب من قبل هؤلاء إلا إذا كبر الصغير وأفاق المجنون حيث يكون لهم حق الاعتراض على الأحكام الصادرة عليهم.

---

(١) تقدم في "شروط الدعوى " أنه يشترط في المدعى عليه أن يكون جائز التصرف، فلا تصح الدعوى على صغير أو مجنون، ولا يقبل الجواب منهما.



المبحث الأول
في أوجه الجواب المختلفة

لقد شرع القضاء في الإسلام من أجل الكشف عن الحق وإقراره لأهله أو إيصاله إليهم إن كان قد نزع منهم بغير حق، وعلى هذا الأساس ينظر في الخصومات من أجل الوصول إلى إحدى نتيجتين: إما كشف صدق المدعي، وبالتالي أخذ الحق له من خصمه، وإما كشف كذبه أو عجزه عن إثبات صدقه، وبالتالي إقرار الحق في يد الخصم ومنع المدعي من معارضته، وبناءً على ذلك فإن الجواب المجدي لدعوى المدعي ينبغي أن يتضمن إما الإقرار بالشيء المدعى وتصديق المدعي، وإما إنكار الحق المدعى به وتكذيب المدعي، وإما أن يكون دفعاً لدعوى المدعي، وغير ذلك من المواقف التي يتخذها المدعى عليه لا تفيد شيئاً في كشف الحق ومعرفة صاحبه، فلا تكون مقبولة ويجبر صاحبها على أن يتخذ أحد المواقف السابقة، حتى إذا أصرّ على الموقف السلبي اعتبر متخذاً حكم أحدها وهو الإقرار أو الإنكار، وذلك حسب المذاهب المختلفة وفيما يلي ذكر الأوجه المختلفة للجواب:

أولاً– أن يتضمن الجواب إقراراً بالحقّ المدعى:

والإقرار بالحق هو الإذعان له والاعتراف به[1]، وهو في اصطلاح الفقهاء إخبار الشخص

---

(١) وهو مأخوذ من القرار بالمكان وعدم الارتحال عنه، أي الثبات– انظر : أساس البلاغة:ص٧٥٦، والنظم المستعذب شرح غريب المهذب: جـ٢ ص٣٤٣. هذا وسنتعرض للإقرار في هذا المقام كوجه من أوجه الجواب على الدعوى، فلن نذكر تفصيلاته الكثيرة المتعلقة بمشروعيته وشروطه والحقوق التي =

بحق لآخر عليه كما هو عرفة الحنفية[1]، أو هو خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظة أو بلفظ نائبه كما عرفه ابن عرفه من المالكية[2]، أو هو إخبار عن حق ثابت على المخبر كما عرفه الشافعية[3].

والإقرار قد يكون تاماً بأن يقر المدعى عليه بجميع المدعى به، وقد يكون ناقصاً بأن يقر ببعض المدعى به وينكر الباقي.

فإذا أقرّ المدعى عليه بجميع المدعى به ألزمه القاضي به إن كان كاملاً مختاراً، ولا فرق في ذلك بين الدين والعين إذا كانت في يد المقرّ[4]، فيلزم المقر بمقتضى إقراره على أية حال[5]. ففي الدين يحكم بإشغال ذمته للمقر له، وفي العين يحكم بملكيتها للمقر له. ولكنهم قالوا: إن الإقرار في حد ذاته لا يكون ناقلاً للملكية من المدعى عليه إلى المدعي ولا مُنشئاً لها[6]، وإنما يكون ذا أثر في نفي الملكية عن المقر، وتجعل العين في يد المقر له، بل تكون اليد له حكماً بمجرد إقرار خصمه، حتى إذا ادعى عليه من قبل شخص آخر كان بمنزلة ذي اليد الذي يقدم قوله بيمينه.

ثم الإقرار بالمدعى قسمان: صريح، وضمني، والأول واضح لا يحتاج إلى بيان وأما الإقرار الضمني فيكون في بعض الأحوال التي يدفع فيها المدعى عليه دعوى خصمه المدعي، فيفهم من هذا الدفع أنه مقرٌّ بأصل الدعوى، وذلك كأن يدعي عليه مالاً، فيقول في الجواب: لقد أبرأني المدعي عن هذا المال، فيكون هذا الدفع متضمناً للإقرار بالمال المدعى[7]. وليست جميع

تثبت به وحكمه، ومن أراد التوسع فيه كطريق من طرق القضاء فليرجع إلى رسالة الأخ الفاضل الدكتور محمّد مصطفى الزحيلي في وسائل الإثبات، القسم الثاني: ص٢٤٣-٣١١.

(١) انظر: درر الحكام:جـ٢ ص٣٥٧، وتنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين: جـ ص٥٨٨.

(٢) شرح حدود ابن عرفة : ص٣٣٢.

(٣) انظر: مغني المحتاج: جـ٢ ص٢٣٨ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ، وفيض الاله المالك: جـ٢ ص١٠٢.

(٤) كتاب القضاء – ضياء الدين العراقي: ص٤٧- أما إذا كانت العين المدعاة في يد غير المقر، فلا تصح الدعوى بالملك المطلق عليه ولا ينفذ الإقرار على صاحب اليد.

(٥)أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٢٨ ب.

(٦) وذهب بعض الحنفية إلى أن الاقرار تمليك أي أنه إنشاء والمختار عندهم أنه اخبار من وجه وإنشاء من وجه آخر – انظر: تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين: جـ٥ ص٥٨٨.

(٧)أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٢٨ ب، أصول استماع الدعوى: ص١٨٦.

الدفوع تتضمن إقراراً بالحق المدعى ولا يكون الدفع كذلك إلا إذا توقفت صحته على افتراض إقرار مبديه بالدعوى، ومن أمثلة الدفوع التي تتضمن إقراراً بالحق المدعى الدفع بالإبراء من الدعوى المذكورة، أو بالإبراء من جميع الدعاوى، فلو إدعى شخص على آخر بدين قدره كذا، فدفع المدعى عليه بأن المدعي كان أبرأه من الدعوى بالمبلغ المذكور، ثم عجز هذا عن إثبات دفعه بالبيّنة، وحلف المدعي على عدم الإبراء المذكور عادت الدعوى الأصلية كما بدأت وتُطلب البيّنة من المدعي على دعواه، لأن الدفع بالبراءة من دعوى المال لا تعتبر إقراراً، ويبقى السبيل إلى إثبات الدعوى البينة الشرعية[1].

ولا يكون إقراراً بحال من الأحوال قول الخصم: (لي من هذه الدعوى مخرج أو مخلص أو براءة)[2].

هذا وقد اعتبر بعض الفقهاء الامتناع عن الجواب والإصرار عليه من قبيل الإقرار الحكمي[3]، ولكن معظم الفقهاء على أنه لا يعتبر إقراراً، وسيأتي تفصيل هذا الموقف فيما بعد.

وسواءً كان الإقرار صريحاً أو ضمنياً فإن صاحبه يلزم بمقتضاه من قبل القاضي، ومن المقرر أنه لا يجوز للمقر بالدعوى أن يرجع عن إقراره بعد أن يحكم بمقتضاه، وأما إذا كان الرجوع عنه قد حصل قبل أن يحكم بمقتضاه، فليس في هذا نصّ فقهي صريح يتناول حكمه، ولكن بعض المحدثين من الفقهاء رأى اعتبار رجوع المقر عن إقراره في هذه الحالة[4]، ولكن هل يعذر المدعى عليه إذا أقر؟ قولان في المذهب المالكي والذي عليه العمل عندهم أنه لا يُعذر، ولا يمهل لإحضار العذر[5]. والظاهر صحة القول الذي عليه العمل عندهم، لأن الإعذار معناه طلب العذر من المقر، وهذا يتنافى مع إقراره: لأن المقرّ يعترف بأن لا عذر له

---

(١) أصول استماع الدعوى: ص١٨٩، ١٩٠..

(٢) أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٢٨ ب.

(٣) الطريقة المرضية: ص٣٠.

(٤) أصول استماع الدعوى: ص٨٢ . وهذا في حقوق الآدميين، وأما في الحدود ونحوها فالرجوع عن الإقرار يكون شبهة معتبرة.

(٥) لب اللباب - ابن رشد: ص٢٥٦.

بإقراره ولذلك قيل: لا عذر لمن أقرّ.

تلك هي أنواع الإقرار وحكمه، ولكن ما هو الإقرار المعتبر، الذي يترتب عليه أثره الشرعي؟

ينبغي أن يتوفر في الإقرار تلك الشروط التي يجب توفرها في الجواب من ناحية عامة، إلا أنه يتضح مما سبق ذكره أن اشتراط التصريح في الجواب قد يغض النظر عنه في الإقرار إذا كان ضمنياً.

ويضاف إلى تلك الشروط ما اشترطه بعض الفقهاء من أن الإقرار لا يعتبر إلا إذا كان في مجلس الحاكم، ولذلك قالوا: إن الدعوى بالإقرار على شخص لا تصح، والسبب في ذلك أنه يشترط في الدعوى أن تكون مطالبة بحق أو بموجبه، والإقرار ليس حقاً من الحقوق، ولا موجباً من موجباتها، فلا يصح أن يكون مدعى به[1]، غير أن معظم الفقهاء ذهبوا إلى تصحيح دعوى الإقرار عن طريق الدفع بحيث لو ادعى شخص على آخر مالاً، فدفع المدعى عليه بأن المدعي أقر بأنه لا حق له أو لا دعوى له عليه صح هذا الدفع، فإن برهن عليه دفعت الدعوى[2].

ثانياً– أن يتضمن الجواب إنكاراً للحقّ المدعى به:

وقد تقدم أنه قد يكون إنكاراً جزئياً فيسري حكمه على الجزء المنكر، أو كلياً فيسري حكمه على جميع المدعى به.

ويشترط في الإنكار أيضاً أن يكون صريحاً وبصيغة الجزم، لأنه نوع من أنواع الجواب، فلايصح قول المدعى عليه: ما أظن أن له عندي شيئاً[3].

---

(١) تقدم ذكر ذلك في "شروط الدعوى" .

(٢) معين الحكام – للطرابلسي: ص٦٧.

(٣) لب اللباب – ابن رشد: ص٢٥٦. معين الحكام – للطرابلسي: ص٦٤.

بل ذهب المالكية في قولٍ عندهم إلى أنه لو انكر بما يعم المدعى به وغيره لا يصح وذلك كقوله في الجواب: لا حقّ لك قبلي. وذهب آخرون إلى كفاية ذلك في الجواب والأول هوالراجح عندهم حتى قالوا: يلزم المدعى عليه أن يجيب بإنكار الوجه الذي ذكره الطالب أو يقربه، فإن أبى عُدّ كالممتنع من الجواب وجرى عليه حكمه[1].

ويترتب على ضرورة التصريح بالإنكار وجزمه أن المدعى عليه لو أجاب على من ادعى عليه بألف دينار مثلاً بقوله: ليس لك عليّ ألف لما كان هذا الإنكار متناولاً جميع المدعى به، وإنما ما يمكن إطلاق الجزء عليه، ولا بدّ من أن يقول: ولا شيء منها، وإلا حلف المدعي على الألف ناقصة جزءاً، واستحق ذلك[2]، وذلك لأن الإنكار الذي وجهه المدعى عليه للدعوى لم يتناول صراحةً كل جزء من المدعى به، وإنما تناول جزءاً منها فيعتبر صحيحاً في حق هذا الجزء،ولا يعتبر في حق الأجزاء الأخرى.

كما يقتضي ذلك الشرط المتقدم أنه يجب في الإنكار أن يتناول الحق الذي تقتضيه الدعوى، فلا يصح الإنكار إذا كان يتناول حقاً آخر لم تقتضه الدعوى، ففي جواب دعوى الوديعة مثلاً يقبل من المدعى عليه أن يقول: لم تودعني أو لا تستحق علي شيئاً، فلو قال: لم يلزمني دفع إليك أو تسليم شيء إليك لم يكن هذا إنكاراً للدعوى، لأنه لا يلزمه ذلك وإنما يلزمه التخلية بين المودع والوديعة، فهو قد نفى حقاً لم يدعه عليه المدعي، فلا يعتبر إنكاراً لدعوى الوديعة[3].

هذا وفي دعوى الطلاق لا يشترط أن يقول في إنكارها: لم أُطلق، وإنما يكفي أن يقول: أنت زوجتي، فلو قال ذلك اعتبر إنكاراً لدعوى مدعية الطلاق، وفي دعوى النكاح يكفي في إنكارها أن يقول: ليست زوجتي، ويجدر بالذكر أن هذا الكلام منه لا يعتبر طلاقاً إن تبين

---

(١) الطريقة المرضية: ص٣٧.

(٢) أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٢٨ ب و٢٩ أ، كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٦. غاية المنتهى: جـ٣ ص٤٥١.

(٣) تحفة المحتاج: جـ١٠ ص٣٠٥.

أنه كاذب في إنكاره[1].

ويترتب على الإنكار أنه يخير المدعي بين إحلاف المدعى عليه وبين إقامة البينة على صحة دعواه إذا كان قادراً على ذلك، فإن لم يستطع فليس له غير إحلافه، وقال بعضهم: وله إحلافه حتى ولو صرح بأن له بيّنة حاضرة ولكنه لا يريد أن يقيمها[2].

هذا وقد يكون الإنكار حقيقياً كما قد يكون حكمياً: فأما الأول فهو أن ينفي استحقاق المدعي لما يدعيه عليه بوسيلة من وسائل النفي، ثم له أن ينكر سبب استحقاق الشيء المدعى، ويكون إنكاراً للدعوى، كما أن له ينفي استحقاق الشيء المدعى نفسه، وإن لم يتعرض لسبب هذا الاستحقاق بالنفي[3]: فلو ادعى شخص على آخر مالاً مضافاً إلى سببه كأن ادعى عليه ألف جنيه بسبب الاقتراض أو الاتلاف، فقال المدعى عليه في الجواب: ما أقرضتني، أو ما أتلفت له صح الإنكار واعتبر جواباً صحيحاً وترتب عليه حكمه. ويصح الجواب أيضاً إذا نفى استحقاق المدعى به بجميع أجزائه، وإن لم يتعرض لسبب استحقاقه من قرض أو إتلاف[4].

هذا ويجب أن يلاحظ بأن لكل من إنكار الاستحقاق نفسه، وإنكار سببه أحكاماً مختلفة منها أن من ينكر سبب الحق ليس له أن يدفع بنحو قضاء أو إبراء سابق على إنكاره بسبب التناقض بينهما، بينما إذا اقتصر في إنكاره على إنكار الحق نفسه، و لم يتعرض لسببه كان له ذلك[5]، ولذلك يجب على القاضي أن يضبط صورة الإنكار وأن يحررها من دون تبديل أو تحريف خشية ضياع الحقوق[6].

فإذا أقرّ المدعى عليه بالشيء المدعى وأنكر سبب استحقاقه فهل يعتبر هذا إقراراً أم

---

(١) المرجع السابق.
(٢) أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق.٣ب.
(٣) اصول استماع الدعوى: ص٨٢.
(٤) المهذب: جـ٢ ص٣١١.
(٥) المحرر في الفقه – أبو البركات: جـ٢ ص٢٠٩،٢١٠.
(٦) اصول استماع الدعوى: ص٨٢.

إنكاراً؟ القول الصحيح عند الشافعية أن يكون إقراراً ويؤاخذ به صاحبه، وهنالك قول بأنه يكون إنكاراً، مثال ذلك: لو ادعى شخص ألفاً في ذمة آخر بسبب الاقتراض، فقال المدعى عليه مجيباً: يستحق عليّ الفاً، ولكن من ثمن مبيع أو قيمة متلف، فالحكم فيها هو ما ذكرناه[1].

وأما الإنكار الحكمي فيكون اذا امتنع المدعى عليه من الجواب، وذلك إذا أصر على السكوت أو صرح بأنه لا يريد أن يقرّ أو ينكر، ولم يكن السبب في السكوت أو الامتناع دهشة أو غباوة في المدعى عليه، فإن تحقق ذلك في الامتناع عن الجواب اعتبر عند بعض الفقهاء في حكم الإنكار والنّكول، فترد اليمين على المدعي عند من يقولون بالرد، فإذا حلف استحق المدعى به، وقضي له به[2]: ولكننا سنرى فيما بعد أن كثيراً من الفقهاء لم يروا في السكوت إنكاراً ولا نكولاً وإنما جعلوا له أحكاماً أخرى.

ثالثاً- وقد لا يتضمن الجواب إنكاراً ولا إقراراً صريحاً:

ويندرج تحت هذه الحالة صور عديدة من الجواب، كثيرٌ منها لا يعتبر جواباً صحيحاً، ويمكن تقسيم هذه الصورة إلى قسمين رئيسيين:-

القسم الأول- الامتناع الحقيقي عن الجواب:

ويكون ذلك بأحد وضعين:

١- أن يسكت عن الكلام: فلا يتكلم بإقرار ولا إنكار: ففي هذه الحالة اتفقوا جميعاً على أنه ينظر إلى حال المدعى عليه ليعرف إن كان سكوته متعمداً أو ناتجاً عن آفة سماوية أو دهشة أو غباوة، ولهذا قال الحنفية: إنه إذا أصرّ المدعى عليه على السكوت يؤخذ منه كفيل، ثم يسأل جيرانه عسى أن يكون به آفة في لسانه أو سمعه، فإذا علم أنه لا آفة به وأصرّ على

---

(١)أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٢٩أ، اصول استماع الدعوى: ص٦٩.
(٢)تحفة المحتاج: جـ١٠ ص٣٠٣، دليل القضاء الشرعي: ص٥٥٤.

الامتناع عن الجواب ينزل منزلة المنكر ويأخذ حكمه[1]، إلا أن أبا يوسف ذهب إلى أن الساكت لا ينزل منزلة المنكر بحال من الأحوال، وإنما يجبر على الجواب بالأدب المناسب[2].

وإلى مثل رأي أبي يوسف ذهب فقهاء الشيعة الإمامية، واستدل هؤلاء على ذلك بأن الأصل براءة الذّمة، وجعل الساكت أو الممتنع ناكلاً يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع ما يدلُّ عليه[3]. ولعل رأي الجمهور في اعتبار الساكت أو الممتنع عن الجواب منكراً أقرب إلى العدل من الرأي الآخر، لأن الحاكم لايعتبره منكراً إلا بعد إعذاره وتحذيره وإعلامه بأن امتناعه سيكون بمثابة الإنكار فيعلم بعدها مصير سكوته وامتناعه، فهذا الرأي أقرب إلى روح الشريعة في دفع الحرج ورفع العسر، وأما المذهب الآخر فيؤدي إلى التطويل على المدعي في معرفة مصير دعواه، والقسوة على المدعى عليه في انتزاع جوابه.

ويختلف حكم الممتنع عن الجواب عند المالكية عمّا سلف ذكره عند الحنفية: **فقد ورد عنهم في ذلك الحلول التالية:**

أ- فقد ذهبوا في أحد الأقوال إلى أن الممتنع يجبر على الجواب بالسجن ثم بالضرب إن لم يزدجر بالسجن، وذلك بحسب الاجتهاد، فإن تمادى على إبايته حكم للمدعي بدون يمين، وكأنهم على هذا القول يرون في الامتناع والإصرار عليه بعد تاديه إقراراً حكمياً، يحكم بمقتضاه للمدعي على المدعى عليه.

ب- وقيل: يطلب من المدعي يمين الرد معتبرين الامتناع والإصرار بمثابة النكول[4].

جـ- وذهبوا في قول آخر إلى أنه لا يسجن ولا يؤدّب ويعد امتناعه نكولاً فيقضى للمدعي بيمينه.

---

(١) الفواكه البدرية: ص١١٧، البحر الرائق: جـ٧ ص٢٠٣.
(٢) انظر المرجعين السابقين.
(٣) كتاب الخلاف للطوسي: المجلد الثاني: ص٦٠٠،٦٠١ .
(٤) الطريقة المرضية: ص٣٠.

فإذا كان المدعى به من الحقوق التي لا تثبت باليمين كلف المدعي بالبيّنة، وقضي له إن أحضرها، وإلا فلا[1].

وهذا القول الأخير هو الذي تبناه فقهاء الشافعية، ولكن يستحبُّ عندهم أن لا يحكم بنكول الساكت عن الجواب إلا بعد أن يعذره القاضي ثلاثاً بأنه إن لم يجب اعتبر ناكلاً وقضى بنكوله، فإن أصرّ على امتناعه حلف المدعي على استحقاق ما ادعى به بعد أن يطلب الحاكم منه ذلك، ويقضي له بالمدعى به[2].

وهكذا فإن السكوت معتبر عند الفقهاء–في الأحوال الراجحة– قريباً من الإنكار، فقد أعطوه أحكاماً مشابهة كما تقدم.

٢– أن يصرح المدعى عليه بأنه لا يريد أن يقرّ ولا أن ينكر، والفقهاء لا يفرقون بين هذه الصورة، والصورة السابقة، ويرتبون عليها نفس الأحكام: غير أنه قد يستنتج لدى القاضي من كلام المدعى عليه في هذه الحالة أنه ممتنع عن عمد، وأنه ليس به عذر من آفة وغيرها يقتضي الاستفسار والبحث.

القسم الثاني– الامتناع الحكمي عن الجواب:

ويشمل ذلك كل مرة يجيب فيها المدعى عليه بجواب غير صحيح، فينبه إليه فلا يصححه، وقد ذكر الفقهاء لذلك أمثلةً كثيرةً نذكر منها ما يلي:

١– فلو أن المدعى عليه أجاب بقوله: فليثبت المدعي دعواه، فلا يكون هذا جواباً صحيحاً فإن أصرّ عليه اعتبر في حكم الممتنع عن الجواب، لأن طلب الإثبات لا يستلزم اعترافاً ولا إنكاراً[3].

---

(١)الطريقة المرضية: ص٣١.
(٢)أدب القضاء– ابن أبي الدم: ق٣١ب.
(٣) تحفة المحتاج شرح المنهاج: جـ١٠ ص٣٠٤.

٢- كما يقع أيضاً أن المدعى عليه يقول بعد الدعوى عليه: ما بقيت أتحاكم عندك، فيجعل بذلك في حكم الممتنع عن الجواب، ويعتبر منكراً عند الجمهور كما تقدم[1].

ويلاحظ في هذا المقام أن الدعوى إذا رُفعت عند غير القاضي المختص، فرفض المدعى عليه الجواب عليها صُرفت القضية إلى القاضي المختص، و لم يكن المدعى عليه منكراً ولا ناكلاً[2].

٣- ومن القواعد التي ذكروها في هذا الصدد: أن من اعترف بسبب شرعي يوجب عليه شيئا، فإنه لا يكفيه في نفي ما يوجبه ذلك السبب أن يجيب بما هو عام يشمل الحقّ وغيره، ولكن لا بدّ من إثبات عدم ما أوجبه ذلك السبب بالطريق الشرعي[3]، مثال ذلك: لو ادعت امرأةٌ على من يعترف بأنها زوجته المهر فقال الزوج في الجواب عليها: (لا تستحق عليّ شيئاً) لم يصح هذا الجواب، واعتبر مقراً بالحق المدعى به، فيلزمه: لأنه أقر بسبب الاستحقاق[4].

٤- ويعتبر في حكم الممتنع من أجاب بقوله: لي مخرج مما ادعاه المدعي إن أصرّ على هذا الجواب[5].

ولا يعتبر جواباً صحيحاً أحد الأقوال التالية:

أ- أن يقول المدعى عليه في الجواب على دعوى المدعي: سأتأمل وأُفكر، أو يقول سأنظر.

ب- أو يقول: ليس لي علم، أو لست أعلم إن كان ملكي أو لا، أو يقول: لا أعلم إن

---

(١) حاشية احمد بن القاسم العبادي على تحفة المحتاج: جـ١٠ ص٣٠٤، لب اللباب- لابن رشد: ص٢٥٦.
(٢) الطريقة المرضيه: ص ٣١،٣٢.
(٣)حاشية عبد الحميد الشرواني على تحفة المحتاج: جـ١٠ ص٥٠٣.
(٤) كشاف القناع: جـ٤ ص١٩٦ .
(٥)كشاف القناع: جـ٤ ص٢٠٠، الفروع: جـ٣ ص٨٢٧.

كان هذا المال ملكاً للمدعي أو لا[1].

تلك هي المواقف التي يعتبر فيها المدعى عليه ممتنعاً عن الجواب إذا أصرّ عليها وقد قدّمنا أنه يعتبر في حكم المنكر عند الأغلبية، وفي حكم المنكر الناكل عن اليمين عند غير الحنفية، والأقلية الباقية لم ترَ فيه منكراً ولا ناكلاً. ثم من اعتبره منكراً فحسب، وهم جمهور الحنفية، رتب على ذلك وجوب طلب البيّنة من المدعي، فإن عجز عنها طلب اليمين من المدعى عليه، فإن نكل قضي عليه بالحق المدعى به، وهذا هو ظاهر كلام الحنفية حيث صرحوا بأن الساكت أو الممتنع يعتبر منكراً بعد إعذاره وإعلامه بحكم امتناعه عن الجواب[2].

وأما من اعتبره في حكم المنكر الناكل، فقد رتبوا على ذلك وجوب الحلف على المدعي. فإن فعل استحق ما يدعيه، وحكم به له.

والواقع أن الحنفية والجمهور قد سلكوا في حكم الممتنع عن الجواب مسلكاً ينسجمُ مع مذاهبهم في طرق القضاء: فالحنفية اعتبروه منكراً فقط ولم يعتبروه ناكلاً، لأن النكول عندهم طريق من طرق القضاء الشرعية، حيث يكتفون به كسبب من اسباب الحكم على المدعى عليه بالحق المدعى به من غير رد اليمين على المدعي. وأما الجمهور فقد اعتبروا الامتناع عن الجواب في حكم الإنكار والنّكول معاً ثم خففوا هذا العبء الذي تحمله الممتنع بأن قالوا برد اليمين على المدعي، حيث لا يرون النكول طريقا شرعياً للحكم على المدعى عليه، وإنما لا بدّ من إتباعه بيمين من المدعي يقسم فيها أنه يستحق ما يدعيه.

رابعاً– غير أن الامتناع عن الجواب قد يكون مقبولاً من المدعى عليه، ولكن إلى أمدٍ محدود وذلك كما في المواضع التالية:

١– فلو طلب المدعى عليه أن لا يجيب حتى يوكل عنه وكيلاً يجاب إلى طلبه إذا كانت

---

(١) اصول استماع الدعوى: ص ١٨٢.
(٢)معين الحكام – للطرابلسي: ص٦٤. الفواكه البدرية: ص١١٧، ١١٨، البحر الرائق: جـ٧ ص٢٠٣.

القضية معقدةً وتستغرق أكثر من جلسة للنظر فيها، وأما إذا كانت بسيطةً وسهلةً بحيث يمكن الفصل فيها بسرعة أُلزم الجواب بالحال، ويوكل فيما بعد إذا اراد[1].

٢- وكذلك يحق للمدعى عليه أن يمتنع عن الجواب إذا كان قد دُعي إلى قاضٍ غير مختص بالنظر في الدعوى، فيصرف إلى القاضي المختص، ويلزم بالجواب عنده[2].

٣- كذلك قالوا: إذا قال المدعى عليه: لا أُجيب حتى آخذ نسخةً من الدعوى لأتأمل فيما يدعيه خصمي، أُجيب إلى ذلك، ومُكن من أخذ النسخة، وأُجل الجواب عن الدعوى بعد إعطائه النسخة بما يراه القاضي[3].

٤- ومنها أيضاً إذا قال: لا أُجيب حتى أنظر في حسابٍ لي، فإنه ينظر بما يراه القاضي.

والحاصل أن الامتناع عن الجواب يجوز كلما قدّم المدعى عليه طلباً يستوجب الإمهال، ولكنه امتناعٌ مؤقت، يجبر بعده على الجواب إذا انتهت المهلة المعطاة.

خامساً–وقد يكون الجواب دفعاً للدعوى:

ولذلك صورتان هما: أن يدفع الخصومة عن نفسه بأن يدعي بأنه ليس صاحب الشأن فيها، وأنها ينبغي أن توجه إلى غيره لا إليه، أو أنه يعترف بالحق عليه، ولكنه يدفع ذلك بسقوطه بنحو وفاء أو إبراء، وفي المبحث التالي نفصل الكلام في دفع الدعوى وصوره في الفقه الإسلامي وعند أهل القانون.

---

(١) الطريقة المرضيه: ص ٣١.
(٢) المرجع السابق: ص٣١، ٣٢.
(٣) المرجع السابق: ص٣٢، ٣٣.

المبحث الثاني
في
دفع الدعوى

لقد بحث الفقهاء دفع الدعوى كوجه من وجوه الجواب علىالدعوى كما سبق ذكره، فإنه لا يصدر إلا من المدعى عليه، سواءً كان ذلك في الدعوى الأصلية أو في دعوى الدفع نفسها. وقد بحثوا تعريفه وأنواعه وجميع أحكامه، وفيما يلي تفصيل هذه الأمور في الفقه الإسلامي ومقارنتها بما يقابلها في الفقه الوضعي:

تعريف الدفع:

لم يصرح الفقهاء بتعريف للدفع معتمدين على أنه نوع من الدعاوي يقصد به أحد أمرين: إمّا إسقاط الخصومة عن المطلوب وإثبات عدم صحة توجيه المطالبة إليه أو إسقاط دعوى المدعي وإثبات عدم توجّه أي حق له على المطلوب، وانطلاقاً من هذا المفهوم للدفع عرفه بعض المحدثين من الفقهاء بأنه (دعوى من قبل المدعى عليه، أو ممن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي)[1]. وبمثل هذا عرفه قانون المرافعات العراقي حيث جاء في المادة الخامسة منه (الدفع هو الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردّها كلاً أو قسماً). إلا أن بعض شراحه انتقدوا هذا التعريف مُحتجين بأن الدفع لا يقتصر مفهومه على الدعوى وإنما هو في حقيقته وسيلة

(١) انظر الأصول القضائية: ص٥٤، ومباحث المرافعات: ص٤٤، والمرافعات الشرعية لعبد الحكيم بن محمّد السبكي: ص٤٨.

يلجأ إليها المدعى عليه للرد على طلبات المدعي سواءً أكانت موجهةً لموضوع الحق المدعى به، أم متعلقةً بالخصومة، أم بالإجراءات القضائية، وقالوا: الدفع هو كل ما يجيب به الخصم على دعوى خصمه[1]. وذكر بعضهم أن الدفع اصطلاح يطلق على جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليُجيبَ على دعوى خصمه بقصد تفادي الحكم له بما يدعيه سواءً أكانت هذه الوسائل موجهةً إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها أو موجهةً إلى أصل الحق المدعى به، أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكراً إياها[2]. وعرفه جماعةٌ آخرون منهم أنه جواب المدعى عليه علىالدعوى بإنكارها أو بإنكار جواز قبولها أو سماعها أو بإنكار صحة الإجراءات التي رُفعت بها أو اختصاص المحكمة المرفوعةِ إليها[3]. ذلك هو ما ذُكر في تعريف الدفع في كلا الفقهين الإسلامي والوضعي، **ولنا على المفهومين المتقدمين للدفع الملاحظات التالية:**

أ- تبين مما تقدم ذكره عن الدفع عند الفقهاء المسلمين أنه دعوى في حدّ ذاته وليس مجرد جواب على دعوى المدعي بالإنكار، وإنما هو ادعاء جديد يقدمه المدعى عليه يُطالب بإثباته، ويُسار فيه كما هو الحال في الدعوى الأصلية، ويطلب لتصحيحه من الشروط ما يطلب لتصحيح الدعوى، وهذا المعنى غير واضح في التعريفات القانونية السالفة الذكر، بل المفهوم منها أن مجرد إنكار الدعوى يعتبر من قبيل الدعوى[4]، وليس هذا مقبولاً في الفقه الإسلامي، فإن الإنكار ليس دفعاً فيه، وإن كان نوعاً من الجواب المقبول على الدعوى وقد تقدّم ذكر حكمه في المبحث السابق.

ب- ويتبين أيضاً أن الفقهاء المسلمين لم يتناولوا في تحديدهم لمفهوم الدفع نوعاً من الدفوع اهتم بها كثيراً المشرع الوضعي وفقهاؤه، ألا وهو الدفوع الشكلية، وهي ما يطلب

---

(١) شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي - ضياء شيت خطاب: ص٥٧، المرافعات المدنية والتجارية - عبد الجليل برتو:ص٣٢.

(٢) نظرية الدفوع:ص١٧.

(٣) أصول المرافعات: ص٥٦١.

(٤) انظر أصول المرافعات: ص٥٦١.

فيها المدعى عليه ردّ دعوى خصمه، لأنه لم يتبع في رفعها أو السير فيها الأسلوب الذي نصّ عليه المشرع بأن رفعها إلى غير المحكمة المختصة أو أغفل أحد الإجراءات المطلوبة أو قام بها على وجهٍ خاطيء، وسنبين قريباً سبب ذلك.

أنواع الدفوع:

إن المفهوم الذي ذكره الفقهاء المسلمون للدفع يشمل تحته نوعين من الدفوع:

النوع الأول: الدفع الذي يقصد به إبطال نفس دعوى المدعي والغرض الذي يرمي إليه بها، وهذا هو الدفع الموضوعي للدعوى، حيث يتعرض فيه لصدق المدعي وكذبه ويترتب على قبوله وضع حدٍ نهائي لمطالب المدعي ومنعه من التعرض ثانية للمطلوب، ومثاله: أن يدعي المدعى عليه على المدعي في دعوى العين أنه اشتراها منه وقبضها أو وهبها له وقبضها أو أي سبب شرعي لانتقالها إلى يده[1].

النوع الثاني: الدفع الذي يقصد به دفع الخصومة عن المدعى عليه بدون تعرض لصدق المدعي أو كذبه في دعواه، وهو ما يسميه الفقهاء بدفع الخصومة ومثاله: أن يدفع المدعى عليه بأن يده على الشيء المدعى ليست يد خصومة، كأن يدعي أنه مستأجرها أو مستعيرها أو غاصبها من فلان الحاضر أو الغائب، فإن أثبت ذلك حكم القاضي بأن لا خصومة بين المتداعيين بدون تعرض للملكية أصلاً، وللمدعي أن يدعي ملكية العين على الخصم في أي وقت يريد، والنوع الأول تختلف صوره باختلاف القضايا، وصوره كثيرةٌ لا يمكن حصرها لأنه يتعلق بالحق المدعى به، والحقوق كثيرة، فكذلك ما يتعلق بها من الدفوع، وأما النوع الثاني: فمع أن الفقهاء لم يذكروا له إلا صورةً واحدةً إلا أننا نستطيع أن نتبين من خلال الشروط التي اشترطوها لصحة الدعوى صوراً أخرى لهذا الدفع، وفيما يلي نذكر الصورة التي أشاروا إليها، والصور الأخرى التي يمكن أن نستنتجها.

---

(١) المنهاج وشرح المحلي وحاشية قليوبي: جـ٤ ص٣٣٧.

صور دفع الخصومة:

١- الدفع بإنكار المدعى عليه لصفته في الخصومة، **ويكون ذلك في الأحوال التالية:**

أ- عندما لا تكون يده على العين المدعاة يد خصومة، وإنما يد حفظ، ويد الخصومة هي التي تحوز العين بمظهر الملك، ومثال هذا الدفع أن يدفع المدعى عليه في دعوى العين بأنه مستعير لهذا العين أو مستأجرها أو مودعةٌ عنده أو مرهونةٌ لديه، فإذا أقام بيّنةً على دعواه الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو الإعارة، فإن الخصومة تندفع عنه[1].

ويكاد الفقهاء[2] بمختلف مذاهبم يجمعون على صحة هذا الدفع اللهمّ إلا ابن شبرمة[3]، حيث رأى عدم قبوله ولو برهن المدعى عليه على عدم ملكه للعين المدعاة، وأن يده ليست يد ملك وإنما يد حفظ[4].

غير أن الفقهاء اختلفوا في شروط صحته، فقد اشترط الحنفية أن يبرهن المدعى عليه أنه مستأجر أو غاصب أو مُرتهن ونحو ذلك، ولا يكتفى لقبول هذا الدفع بأن يبرهن على أن العين ملك لغيره، وإنما يشترط أن يبرهن أن يده يد حفظ بإعارة أو إجاره ونحوها[5].

وغير الحنفية لا يشترطون ذلك، ثم إن بعضهم يشترط أن يقيم المدعى عليه بيّنةً على أن العين هي ملك لغيره المعروف[6]. والبعض الآخر يكتفون بإقراره بالعين لغيره، ولا يشترطون

---

(١) مجمع الانهر: جـ٢ ص٢٧٠، تبيين الحقائق: جـ٤ ص٣١٣، بدائع الصنائع: جـ٦ ص٢٣١.
(٢) غاية المنتهى: جـ ٣ ص٤٥٨، العدة شرح العمدة: ص٦٢٧، تحفة المحتاج: جـ ١٠ ص٣٠٩، الوجيز في فقه الشافعي: جـ٢ ص٢٦٣، الديباج المذهب: ق٤٠ أ، عماد الرضا ببيان أدب القضا:ق ١١ أ، أدب القضاء -ابن أبي الدم: ق٤٩ أ و٥٠ أ، الطريقة المرضية: ص٣٩، شرائع الإسلام:جـ٢ ص٢٢٥، جواهر الكلام جـ٦ ص٣٩٥.
(٣) هو عبدالله بن شبرمة أو شبرمة الكوفي قاضيها أحد الأعلام، قال العجلي: كان فقيهاً عالماً عاقلاً عفيفاً ثقة شاعراً حسن الخلق جواداً، مات سنة ١٤٤هـ، - خلاصة التذهيب: ص١٧٠.
(٤) الاصول القضائية: ص٥١، مجمع الانهر: جـ٢ ص٢٧١ .
(٥) قرة عيون الأخيار: جـ٢ ص٤٥٨، البحر الرائق: جـ٧ ص٢٣٠، تبيين الحقائق: جـ٤ ص٣١٣.
(٦)الطريقة المرضية: ص٣٩ .

إقامة البينة[1]. ووجه الرأي الثاني أن ذا اليد أقرّ بالملك لغيره، والإقرار يوجب الحق بنفسه بدون احتياج إلى شيء آخر، لخلوه عن التهمة، وبذلك صارت يده يد حفظ لا يد ملك، فتندفع عنه الخصومة بمجرد إقراره، ونوقش في ذلك بأن هذا الإقرار متهم فيه، لأنه يريد أن يحول حق الخصومة عن نفسه، وفي هذا إضرارٌ بغيره فلا يصدق فيه إلا بالبينة[2].

وأما وجه ما ذهب إليه الحنفية من اشتراط قيام البينة على أن يد المدعى عليه هي يد حفظ على العين المدعاة، هو أن المطلوب أن تقوم الدلائل على أن يد المدعى عليه ليست يد خصومة، والذي يبرهن على أن العين المدعاة ملك لغيره لا يفعل ذلك، لأن هذا البرهان غير مقبول، حيث فيه سماع بيّنته على الغائب وهم لا يرون ذلك إلا إذا انتصب عن الغائب خصمٌ حاضر، وهنا لو قضي بملك الغائب لكان قضاء للغائب بصورة أصلية، وأما إذا برهن المدعى عليه على أنه مستعير أو مستأجر أو مُرتهن وما يشبه ذلك، فقد أثبت أن يده ليست يد خصومة، ولعل هذه الحجة هي التي استند إليها ابن شبرمة فيما ذهب إليه من أنه لا تندفع الخصومة أصلاً وإن أقام المدعى عليه بينته على أنه مستعير أو مُرتهن حيث قال: إن دفع الخصومة عن ذي اليد مترتب على ثبوت الملك للغائب وبينة المدعى عليه لا يمكن أن تثبت الملك للغائب لعدم وجود خصم عنه في ذلك، وليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك آخر بدون رضاه، وحيث لم يثبت الملك للغائب بهذه البينة لم يثبت أيضاً ما يترتب عليها من دفع الخصومة عن المدعى عليه الحاضر. وأجاب الحنفية عن ذلك بأن مقتضى البينة شيئان:

ثبوت الملك للغائب، ودفع الخصومة عن الحاضر، فنلغي المقتضى الأول لعدم وجود خصم عن الغائب، ونثبت الثاني، لأن المدعى عليه خصم فيه للمدعي له إثباته بالبينة،وهما أمران منفكان عن بعضهما[3].

---

(١)شرائع الإسلام:جـ٢ ص٢٢٥، جواهر الكلام جـ٦ ص٥٩٥. أدب القضاء -ابن أبي الدم: ق٥٠ أ ، تحفة المحتاج: جـ ١٠ ص٣٠٩.

(٢)الاصول القضائية: ص٥١.

(٣)مجمع الانهر: جـ٢ ص٢٧١ ، الاصول القضائية: ص٥١.

ويجدر بالذكر أن الإمام أبا يوسف من الحنفية لايرى دفع الخصومة عمّن عرف بالاحتيال حتى ولو أقام هذا بينته على أنه مستأجر أو مُرتهن ونحوه، وذلك لأن المحتال من الناس قد يأخذ مال غيره غصباً، ويدفعه سراً إلى غريب يريد أن يغيب عن البلدة، ويواعده أن يرده إليه على رؤوس الأشهاد، ليمكنه الإشهاد على أن هذا الشيء أودعه غيره عنده عندما يدعيه صاحبه، فيضيع بذلك ماله، فيجب على القاضي أن ينظر في أحوال الناس، ويعمل بمقتضى أحوالهم. وقد رجع أبو يوسف إلى القول بذلك بعدما ولي القضاء، وابتلي بأمور الناس، وليس الخبر كالعيان[1].

والإمام محمد يشترط في صحة هذا الدفع أن يثبت المدعى عليه الشخص الذي يضيف إليه ملك العين باسمه ونسبه، و لم يكتفِ بتعريفه بوجهه، وذلك لأن الخصومة توجهت على ذي اليد بظاهر يده، ولا تندفع إلا بالإحالة على رجل يمكن اتباعه، والمعروف بالوجه لا يكون معروفاً[2]، ألا ترى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل، أتعرف فلاناً؟ فقال نعم، فقال: هل تعرف اسمه ونسبه؟ فقال: لا، فقال: إذن لا تعرفه[3].

وأبو حنيفة لا يشترط هذا الشرط، ويكتفي بأن يعرف الشهود وجه الغائب، إذ يعتبر هذا كافياً في إثبات أن يده يد حفظ وأنه تسلمه من غير المدعي[4].

هذا ومحل هذا الدفع إذا كان المدعي يدعي على خصمه ملكاً مطلقاً، فإن كان يدعي عليه فعلاً كغصبٍ أو بيعٍ أو سرقةٍ ونحو ذلك من الأفعال لم يقبل من المدعى عليه دفع هذه الخصومة بمثل ما تقدم، لأن الخصم في دعوى الفعل هو الذي يدعى عليه أنه فعله، ولا ينظر إلى يده[5].

---

(١) مجمع الانهر: جـ٢ ص٢٧١، تبيين الحقائق: جـ٤ ص٣١٤، بدائع الصنائع: جـ٦ ص٢٣١.
(٢) مجمع الانهر: جـ٢ ص٢٧١، تبيين الحقائق: جـ٤ ص ٣١٤ قرة عيون الأخيار: ج٢ ص ٤٥٧
(٣) تبيين الحقائق: جـ٤ ص٣١٤ .
(٤) المرجع السابق: جـ٤ ص٣١٥.
(٥) بدائع الصنائع: جـ٦ ص٣٢١. مجمع الانهر: جـ٢ ص٢٧١، تبيين الحقائق: جـ٤ ص٣١٤ .

ومجال هذا الدفع أيضاً يقتصر على دعوى العين ولا محل له في دعوى الدين، لأن المدعى عليه فيها ينتصب خصماً بذمته، ولا يقبل منه دعوى إيداع الدين في ذمته، ومثل دعوى الدين دعوى العين الهالكة، حيث يدعى عليه بقيمتها، فليس له دفع الخصومة عن نفسه بأن العين كانت مودعة عنده، حتى لو أثبت ذلك، لأن المدعي يدعي عليه شيئاً في ذمته، وبالبرهان على أن العين الهالكة كانت وديعة عنده لا يتبين أن ما في ذمته كذلك فلا تتحول عنه الخصومة[1].

ب- عندما توجه الدعوى إلى من ليس خصماً بذاته ولا نيابة عن غيره: فقد علم مما تقدم في شروط الدعوى أن الخصم فيها هو من يترتب على إقراره بالدعوى حكم من الأحكام، أو من يقوم مقامه من ولي أو وصي أو وكيل. وبناءً عليه، فإنه يجوز للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بأنه لا صفة له في توجيه هذه الخصومة إليه، لأنه لا يترتب على إقراره بها حكم من الأحكام، وليس هو نائباً عمّن يترتب على إقراره بها حكم، أو أن نيابته الشرعية أو الاتفاقية قد انتهت قبل رفع الدعوى، كأن يدفع بفسخ عقد الوكالة الذي كان قائماً بينه وبين موكله، أو أن ولايته أو وصايته على الصغير انتهت قبل رفع الدعوى ببلوغه أو المجنون بإفاقته ونحو ذلك، مثال هذا الدفع: لو رفع شخص دعوى على آخر بأن ابن عمه قد غصب له دابته، فيدفعها من رُفعت عليه الدعوى بأنه ليس خصماً في هذه الدعوى، لأن دعوى الفعل تقام على المتهم به أو نائبه، وهو ليس واحداً منهما، ويسري هذا الحكم على جميع أنواع الدعاوي. والواقع أنه يسري أيضاً على الصورة السابقة، وإنّما خصها الفقهاء بالذكر مستقلةً عن غيرها، لأن المدعى عليه فيها يحوز العين بحسب الظاهر، ولا يعرف أن يده يد حفظ إلا بدفعه هو. وأما الدعاوي الأخرى فالخصم الشرعي فيها ظاهر كالفاعل في دعوى الفعل، والمدين في دعوى الدين وغير ذلك، والقاضي حينما ترفع الدعوى على غير خصم يردّها بنفسه، لأنها غير صحيحة، إذ ينقصها شرط من شروطها فلو رفع شخص

---

(١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: جـ٤ ص٣١٣، حاشية منحة الخالق على البحر الرائق: جـ٧ ص٢٢٩.

دعوى على آخر بأن جاره مدين له بمبلغ معين، فإن القاضي يردّها فوراً لأنها ليست مرفوعة على الخصم الشرعي. وأما الصورة الأولى ففيها لا يعرف القاضي أن المدعى عليه ليس بخصم إلا بدفعه هو أن العين التي تظهر في يده ليست له وإنما هو حافظٌ لها نيابةً عن غيره.

٢- ونعتقد أن من صور دفع الخصومة التي يدفع فيها المدعى عليه بأن المدعي قد أبرأه من الدعوى أو من الخصومة عند من يجيزون هذا الإبراء، لأن ثبوت ذلك يدفع الخصومة من غير أن يؤثر على الحقّ ذاته، ولذلك قال الفقهاء: إن الدفع بالإبراء من الدعوى لا يتضمن إقراراً بالحق المدعى، حتى ولو عجز الدافع عن إثبات دفعه، جاز له دفع الدعوى بأي دفع آخر من إبراء أو قضاء أو حوالة ونحوها[1]، وهذا الدفع أجازه جمهور الفقهاء وخالف فيه فقهاء الشافعية ونصّوا على بطلانه[2]، وذكره الحنفية[3] والحنبلية في جملة الدفوع الجائزة[4]. وهذا الدفع يختلف في أثره عن الدفع بالإبراء من الحق المدعى به بما سنذكره قريباً في مبحث (آثار الدفع).

٣- دفع المدعى عليه بنقصان أهليته أو بنقصان أهلية خصمه المدعي: فلو رُفعت الدعوى على ناقص الأهلية ودفع هذا بأنه صبي مثلاً وجب دفع خصومته حتى يبلغ[5]. كما يجب على القاضي أن يرد هذه الدعوى إذا اكتشف بنفسه عدم كمال أهلية أحد الخصمين لأنها شرط من شروط صحة الدعوى.

٤- الدفع بعدم صفة المدعي في رفع الدعوى، فقد تقدم أن من جملة شروط الدعوى أن يكون رافعها ذا صفة في رفعها، بأن يكون صاحب الحق المدعى به أو نائباً عنه نيابةً

---

(١) البحر الرائق: جـ٧ ص٢٠٣. اصول استماع الدعوى: ص ١٨٩، ١٩٠.
(٢) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي: جـ٢ ص٢٦١، تحفة المحتاج: جـ ١٠ص٣٠١.
(٣) البحر الرائق: جـ٧ ص٢٠٣.
(٤) كشاف القناع: جـ٤ ص٢٣٣، الفروع: جـ٣ ص ٨٢٨.
(٥) شرح المنهاج للمحلي: جـ٤ ص٣٤١.

صحيحةً، فإن لم يكن المدعي أحد هؤلاء جاز للمدعى عليه أن يدفع الخصومة عنه اللهمّ إلا إذا كان الحقُّ المدعى به من حقوق الله، حيث نكون أمام دعوى حسبة يجوز لكل مسلم رفعها إذا توفرت الشروط الأخرى.

٥- الدفع بكون الدعوى ليس لها غرض صحيح، وذلك أن كون الدعوى مفيدة لرافعها على فرض ثبوتها شرط من شروط صحتها في الفقه الإسلامي، فإن لم تكن كذلك وجب على القاضي رفضها إن اكتشف ذلك بنفسه، وللمدعى عليه أن يدفع بعدم فائدتها.

أنواع الدفوع في التشريعات الإجرائية الوضعية:

للدفع في هذه التشريعات ثلاثة أنواع:

الأول-الدفع الموضوعي- وهو الدفع الذي يتعرض فيه المدعى عليه لذات الحق المدعى به كأن ينكر وجوده أو يزعم انقضاءه[(١)]. وهذا النوع من الدفوع- كما هو واضح- هو عين ما ذكرناه تحت "النوع الأول" من أنواع الدفوع في الفقه الإسلامي، ولا خلاف بينهما في ذلك.

الثاني-الدفع الشكلي- وهو ما يوجهه المدعى عليه من طعن في الإجراءات الشكلية التي يطلب من المدعي القيام بها قبيل وأثناء السير في الدعوى لكي تنتج آثارها، ومثاله: الدفع بعدم اختصاص المحكمة التي رُفعت إليها الدعوى، والدفع ببطلان الإعلانات القضائية، وبعدم مراعاة المواعيد القانونية[(٢)].

الثالث-الدفع بعدم قبول الدعوى- وهو الدفع الذي ينكر فيه الخصم سلطة خصمه في استعمال الدعوى كأن يزعم مثلاً انقضاء صفة الخصم أو سبق صدور حكم في الموضوع

(١) نظرية الدفوع: ص١٧، أصول المرافعات: ص٥٦١.
(٢) شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤١٥.

وغير ذلك[1]، فهذا الدفع يتعلق بحق المدعي في رفع دعواه ولا يتعلق بالحق المدعى ذاته[2].

هذه هي أنواع الدفوع في كلا التشريعين الإسلامي والقانوني **وفيما يلي بعض الملاحظات:**

أ- يتفق التشريعان في نوعين من الدفوع:

الأول: الدفع الذي يوجهه المدعى عليه إلى الحق الذي يطالبه به المدعي في دعواه وهو ما يسمى في التشريع الوضعي بالدفع الموضوعي، وسنرى قريباً أن التشريعين متفقان على جميع أحكام هذا النوع من الدفوع.

الثاني: الدفع الذي يوجه إلى حق المدعي في دعواه المرفوعة، وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بدفع الخصومة، وفي قوانين المرافعات بالدفع بعدم قبول الدعوى.

ب- يختلف التشريعان فيما يلي:

أولاً: أن دفع الخصومة وهو ما يقابل الدفع بعدم قبول الدعوى يتسع نطاقه إلى حد ما في التشريع الوضعي عنه في الفقه الإسلامي، فقد ذكرنا أن الفقهاء المسلمين ذكروا بالتفصيل صورة واحدة له، وإن كنا تبينا بعض الصور الأخرى من خلال الشروط التي ينبغي توفرها في الدعوى والتي أشار إلى القليل منها بعض الفقهاء.

بينما نجد في الفقه الوضعي صوراً كثيرة للدفع بعدم قبول الدعوى أهمها:

١- الدفع بعدم المصلحة في الدعوى[3]. غير أن بعض الشراح لا يرون هذا الدفع من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى وإنما من قبيل الدفع الموضوعي[4]، لأنه يتوجه في الواقع إلى

---

(١)نظرية الدفوع: ص١٧، أصول المرافعات: ص٥٦١.
(٢)شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤١٩.
(٣)شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤٢١.
(٤) نظرية الدفوع: ص٧٩٣.

ذات الحق المدعى به، إذ المصلحة المشروطة في صحة الدعوى ليست إلا شرط استناد الدعوى إلى حق مستحق الأداء، إذا الحق كما هو معلوم مصلحة يحميها القانون[1]، ونرى أن شرط المصلحة أعم من شرط استناد الدعوى إلى حق مستحق الأداء كما سبق ذكره في شروط الدعوى، فهو شرط يشتمل على شقين: الشق الأول: أن يكون الشيء المدعى به مصلحة معتبرة قانوناً، والشق الثاني: أن يبتغي المدعي من وراء المطالبة بهذه المصلحة نفعاً معتبراً، ولا يكون ذلك إلا إذا كان الشيء المدعى به قد اعتدي عليه أو هُدد بالاعتداء عليه فإن لم يكن كذلك ترفض الدعوى، لأنه لا يكون من ورائها أية فائدة. وفي اعتقادنا أن الدفع إن كان موجهاً إلى الشق الأول من هذا الشرط يكون دفعاً موضوعياً، لأنه موجه إلى جوهر الحق المدعى به، وإن كان الدفع موجهاً إلى الشق الثاني كان دفعاً بعدم قبول الدعوى حيث يقصد بالدفع رد الدعوى لعدم فائدتها على فرض صحة ما يدعيه المدعي من غير أن يتعرض إلى صدقه أو كذبه.

٢- الدفع بانعدام صفة أحد المتخاصمين، وذلك كما إذا رُفعت الدعوى على ولي أو وصي بعد أن زالت صفته بزوال الولاية أو الوصاية، وكما لو رفع شخص دعوى بصفته مديراً لشركة، وتبين أنه قد عُزل أو لم يعين بعد[2].

٣- الدفع بانعدام أهلية المدعي أو نقصها، وكذا الدفع بانعدام أهلية المدعى عليه أو نقصها[3]، غير أن بعض الشراح يرون أن هذا الدفع من قبيل الدفع الشكلي ولا يرونه من قبيل الدفع بعدم القبول[4]، وذلك لأنهم لا يرون الأهلية شرطاً لقبول الدعوى وإنما يرونها شرطاً لانعقاد الخصومة[5].

---

(١) المرجع السابق.
(٢)شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤٢٠ .نظرية الدفوع: ص٨٠١، أصول المرافعات: ص٥٧١.
(٣)شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤٢٠.
(٤)أصول المرافعات: ص٥٦٩ الحاشية.
(٥)شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤٢٠.

٤- الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيهـا بصدور حكم في موضوعها[١]. وكذلك الدفع بسقوط الدعوى بمضي المدة، أو بأنه حصـل صلـح على موضـوع النزاع[٢]. وأما سقوط الحق بالتقادم، فتكييف الدفع به يقتضي التفريق بين نظرين:

فمن رأى أن التقادم يؤدي إلى سقوط الحق ذاته، فهذا يستوجب اعتبار الدفع به من قبيل الدفع الموضوعي، إذ هو في حقيقته دفع موجه إلى الحق المطلوب بالدعوى.

ومن رأى أن أثر التقادم ينحصر في سقوط الدعوى التي تحمي الحق كـان الدفـع بـه مـن قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى لسقوط حق المدعي في رفعها بسبب تقادم حقـه. كمـا نـرى أن الدفع بحصول صلح حول موضوع النزاع هو من قبيل الدفع الموضوعي، وليس دفعاً بعـدم قبول الدعوى، وذلك لأن الصلح في حد ذاته عقد يتضمن إيفاء لبعض الحق أو جميعه وتنازلاً عن بعضه أو جميعه، فيكون الدفع به متوجهاً إلى الحق المتصالح عنه وهو الحق المدعى ذاته.

٥- الدفع بسقوط الحق في الدعوى لعدم رفعها في وقتها القانوني، وذلك كما لـو كـان للشخص حق في دعاوي متعددة، ولكن الشارع لا يعترف بها إلا إذا حصلت بترتيب معين، فلم يباشرها صاحبها بالترتيب المطلوب قانوناً، كحالة الشخص الـذي سـلبت حيازتـه، فـإذا رفع دعوى الملكية وخسر الدعوى فلا تسمع منه دعوى الحيازة، بينما لو أقام دعوى الحيـازة أولاً وخسرها فله الحق في رفع دعوى الملكية[٣].

ومثل هذا إذا كان للمحكوم عليه مدة معينة لاستعمال حقه بالاستئناف والتمييز بالحكم الصادر عليه، ولم يباشر حقه ضمن تلك المدة، فإن طعنه لا يكون مقبولاً بعـد انقضـاء تلـك المدة، ومثل ذلك أيضـاً إذا كـان للخصـم دفـوع موضوعية وشـكلية، فتقـدم أولاً بـالدفوع الموضوعية كدفعه بالإبراء أو الوفاء، ثم دفع بعد ذلك بعدم اختصاص المحكمـة المكـاني وهـو

---

(١)نظرية الدفوع: ص١٠٨، أصول المرافعات: ص٥٧١. المرافعات المدنية والتجارية أبو هيف:ص٢٨٩.
(٢)المرافعات المدنية والتجاريةأبو هيف:ص٢٨٩.
(٣) شـرح قـانون المرافعـات العراقـي- ضيـاء شيـت خطـاب: ص٦٣، شـرح قـانون الإجـراءات المدنيــة: ص٤٢١، نظرية الدفوع: ص٢٠١.

دفع شكلي، فإن دفعه هذا لا يكون مقبولاً، ولخصمه دفع هذا الدفع ويكون هذا دفعاً بعدم قبول الدفع[١].

هذه هي صور الدفع بعدم قبول الدعوى عند فقهاء قانون المرافعات، وأما فقهاء المسلمين فقد سبق القول بأنهم تناولوا بالتفصيل صورة واحدة، وهي دفع المدعى عليه بأن يده ليست يد خصومة، ولكن كُتبهم لم تخلُ من الإشارة إلى بعض الصور الأخرى، وذلك كالدفع بعدم أو بنقص أهلية أحد الخصوم حيث ذكروا أنه لو قال المدعى عليه: أنا صبي فإنه تدفع عنه الخصومة ولا يصح تحليفه حتى يبلغ[٢].

ومما يشبه إلى حد ما الدفع بسبق الفصل في الدعوى ما ذكروه من الدفع بأن المدعي قد حلفه عند قاضٍ آخر فله ذلك بحيث إذا أثبته أو نكل المدعي عن الحلف عليه إن طلبه الدافع رُدت دعواه[٣].

وأما الصورة الأخرى التي اهتم بها الفقه الوضعي ولم يتعرض لها الفقهاء المسلمون فنعتقد أن بعضاً منها اقتضته التنظيمات المعاصرة، وهذه كالدفع بسقوط حق المدعي في الدعوى لرفعها في غير وقتها القانوني أو على غير الترتيب المطلوب قانوناً، فمثل هذه الدفوع اقتضتها المواعيد والتراتيب التي شرعها القانون والتي تتعارض مع القواعد الشرعية في المرافعات، حيث نصّ الفقهاء على جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة وغير ذلك من القيود، فمتى أمر من له الولاية بشيء من ذلك لزمنا اتباعه[٤].

وأما الدفع بانعدام المصلحة في الدعوى، فإنه يعتبر دفعاً موضوعياً إذا كان يعني أن الشيء المدعى به ليس مصلحةً قانونيةً، وأما إذا كان يعني أن المدعي لا يستهدف من دعواه غرضاً صحيحاً فقد تقدم استنتاجنا لكونه دفعاً مقبولاً في الفقه الإسلامي.

---

(١) شرح قانون المرافعات العراقي- ضياء شيت خطاب: ص٦٣.
(٢) انظر شرح المنهاج للمحلي: جـ٤ ص٣٤١.
(٣) المرجع السابق.
(٤) مباحث المرافعات: ص٥١.

وأما الدفع بعدم سماع الدعوى لسبق الفصل في موضوعها أو لسبق الصلح عليه فإنا نرى أنه دفع موضوعي في حقيقته، لأن الفصل السابق في موضوع الدعوى قد كان له أثر في تسوية النزاع، ويفترض فيه أنه: إما أعاد الحق لصاحبه أو قضى عليه بعدم وجود حق للمدعي أو بانتهائه أو غير ذلك، فالدفع بسبق الفصل في الدعوى هو في واقع الأمر ادعاء بمضمون الحكم السابق وهو ما ذكرنا: وهو دفع موضوعي، ومثل ذلك يقال بالنسبة لدفع الدعوى بسبق الصلح على موضوعها كما ذكرنا.

وأما دفع الدعوى بسبب تقادم الحق المدعى به، فنعتقد أنه من قبيل دفع الخصومة في الفقه الإسلامي، لأن التقادم فيه يقتصر أثره على حرمان صاحب الحق من المطالبة به أمام القضاء إذا كان المدعى عليه غير مقربه[1]، فيكون الدفع به من قبيل دفع خصومة المدعي أمام القضاء.

ثانياً– ويظهر مما تقدم أيضاً أن هناك نوعاً من الدفوع لم يحظَ باهتمام الفقهاء المسلمين، بينما كان موضع اهتمام وبحث واسعين من قبل المشرع الوضعي وفقهاء المرافعات، وهذا الدفع هو ما يسمى في قوانين المرافعات بالدفع الشكلي، لأنه يوجه إلى الإجراءات الشكلية التي يشترط القانون اتباعها من أجل أن تنتج آثارها، وهي تختلف في ماهيتها عن النوعين السابقين من حيث أنها ردود واعتراضات على ما قام به الخصم من أعمال قضائية، القصد منها تأجيل نظر الدعوى أو رفضها بشكلها الحالي دون الدخول في الموضوع أو المساس به، إلى أن تتوفر شروط قانونية مخصوصة[2].

هذا وإن أهم ما يذكره شراح القانون من الدفوع الشكلية ما يلي:

١– الدفع بعدم اختصاص المحكمة بالنظر في الدعوى المرفوعة إليها، ويقصد به منع

(١) أسهل المدارك: جـ٣ ص٢٣٦، القول المرتضى: ق٢٢ ب، ٢٣ أ، كتاب المباحث الجليلة في أحكام المدة الطويلة – احمد عفيفي: ص١٥٨ وما بعدها.
(٢)المرافعات المدنية والتجارية:– أبو هيف:ص٢٨٨. شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤١٥ .

المحكمة من الفصل في الدعوى لخروجها عن حدود ولايتها طبقاً لقواعد الاختصاص[1].

٢- الدفع بطلب إحالة الدعوى على محكمة أخرى مرفوعة إليها تلك الدعوى أو دعوى ثانية مرتبطة بها[2].

٣- الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو غيرها من أوراق المرافعات[3].

٤- الدفع بطلب الاطلاع على مستندات الخصم في الدعوى[4].

٥- الدفع بعدم أداء كامل الرسم المقرر لرفع الدعوى[5].

وقد صنّف بعض شراح القانون الدفوع الشكلية من حيث الهدف الذي يبتغى من إبدائها إلى الأصناف التالية:

أ- دفوع يقصد منها خروج النزاع من ولاية المحكمة، وهذه تشمل نوعين من الدفوع وهما: الدفع بعدم اختصاص المحكمة التي رفعت إليها الدعوى، والدفع بإحالة الدعوى على محكمة أخرى مرفوعة إليها تلك الدعوى أو ثانية مرتبطة بها.

ب- الدفوع المقصود منها التمسك ببطلان صحيفة الدعوى أو أي إجراء فيها.

جـ- الدفوع المقصود منها التخلص من الخصومة سواءً بسبب سقوطها أو انقضائها بالتقادم أو تركها أو بسبب اعتبارها كأن لم تكن.

د- الدفوع المقصود منها وقف السير في الدعوى[6].

---

(١) شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤١٧، نظرية الدفوع: ص١٥٢، المرافعات المدنية والتجارية ـــ أبو هيف:ص٢٨٨.
(٢) المراجع السابقة.
(٣) شرح قانون الإجراءات المدَنية: ص٤١٧، المرافعات المدنية والتجارية:- أبو هيف:ص٢٨٨.
(٤) المرافعات المدنية والتجارية - أبو هيف:ص٢٨٨.
(٥) نظرية الدفوع: ص٣٢.
(٦) انظر هذا التصنيف في نظرية الدفوع لأحمد أبو الوفا: ص١٥٠.

ومع أننا لا نجد هذه الدفوع تفصيلاً في كتب الفقه الإسلامي إلا أنه يمكن استنتاج أحكامها من القواعد العامة والفروع الفقهية التي ذكرها الفقهاء في هذا المقام:

فبالنسبة للدفع بعدم اختصاص المحكمة بالنظر في الدعوى المرفوعة إليها: فقد علم مما سبق ذكره في الباب الأول أن الفقهاء وضعوا القواعد التي يحدد بها المحكمة المختصة من حيث المكان، ولكنهم لم يتعرضوا لبحث الاختصاص النوعي والقيمي، واكتفوا بالنص على جواز تخصيص القضاء بالمكان والزمان والنوع من قبل ولي الأمر[1].

وقد ذهب جمهور فقهاء المسلمين إلى أن العبرة في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى هي باختيار المدعي، وعلى هذا فإنه لا مجال للدفع بعدم اختصاص القاضي المكاني لأن المدعي هو المهاجم وهو الذي يبتديء الخصومة، فإذا افتتحها عند قاضٍ معين دلّ ذلك على أنه اختار هذا القاضي لنظر دعواه، وليس عندئذ للخصم أن يدفع بعدم اختصاصه، ومثل هذا قال أهل القانون، فعندهم إذا كان الاختصاص لمحكمة المدعي، وأقام دعواه أمام محكمة المدعى عليه، فلا يجوز لهذا الأخير أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة، لأن الأصل أن تختص بالدعوى محكمة المدعى عليه رعاية له، ولأن الخروج عن القاعدة قصد به مصلحة المدعي، فله النزول عن ذلك، فإذا كان ذلك صحيحاً بالنسبة للحالات التي يكون الاختصاص فيها لمحكمة موطن المدعي، فلأن يكون صحيحاً بالنسبة للرأي القائل بأن المدعي هو الذي يعين القاضي للنظر في الدعوى أولى. ولكن قد يتصور الدفع بعدم الاختصاص المكاني عند أولئك الذين يجعلون العبرة في تحديد القاضي المختص لمكان المدعى عليه أو لاختياره، فإذا حدث ورُفعت الدعوى إلى غير قاضي مكان المدعى عليه أو لقاض لم يختره هو، فإننا نعتقد أنه يجوز له أن يدفع بعدم اختصاص هذا القاضي، لأنه ليس قاضي مكانه، أو لأنه لم يختره، والحق له في ذلك، فإذا فعل وجبت إجابته إلى طلبه وإحالته إلىالقاضي الذي يختص بمكانه أو الذي يختاره هو، وإذا لم يفعل دلّ ذلك على رضاه بالقاضي الذي رُفعت إليه الدعوى، ونرى أن سكوته على الشروع في نظر الدعوى لدى ذلك القاضي والدخول في موضوعها وإجابته

---

(١) الطريقة المرضية نقلاً عن متن خليل: ص٣١،٣٢.

عليها يعد تنازلاً عن حقه في دفعها بعدم اختصاص القاضي[1].

وأما بالنسبة للدفع بإحالة الدعوى على محكمة أخرى فيستند في التشريع الوضعي الإجرائي إلى سببين هما:

الأول: تعدد المحاكم التي تنظر في الدعوى الواحدة، ويقصد بوحدة الدعوى الإتحاد في كل من الموضوع والسبب والأطراف[2]. ويحدث ذلك عندما ترفع الدعوى الواحدة إلى محكمتين كل منهما مختصة بحسب القانون. والواقع أن النظم الوضعية المتعلقة باختصاص المحاكم هي التي أدت إلى وقوع مثل هذه الحالات، حيث أنها في هذا المجال قد تؤدي إلى إمكان اختصاص أكثر من محكمة في دعوى واحدة.

وفي الفقه الإسلامي يحتاج هذا الأمر إلى بعض التفصيل:

فالجمهور-كما قدمنا- جعلوا العبرة في تعيين القاضي المختص بنظر الدعوى لاختيار المدعي، وذهب بعضهم إلى أن العبرة في ذلك هو لاختيار المدعى عليه، وبعض آخر جعلها لمكان المدعى عليه في بعض الأحوال.

فأما بالنسبة لرأي الجمهور فإن حدوث سبب ذلك الدفع محتمل الوقوع، وذلك إذا تعدد المدعون، فاختار أحدهما قاضي مكان المدعي، وآخر اختار قاضي مكان المدعى عليه، وكانت الدعوى واحدة، فطلب المدعى عليه لكلا القاضيين فنرى أنه يحق له أن يدفع الدعوى بطلب إحالتها على أحد القاضيين. مثال ذلك: ما لو أقام أحد الورثة دعوى على شخص بأن العين التي في يده هي لمورثه، ورفعها إلى قاضي مكانه، ورفعها وارث آخر على نفس الشخص أمام قاضي المدعى عليه، فيكون الحق لهذا أن يطلب إحالة القضية إلى أحد القاضيين، ولكن لمن تحال القضية؟ لقد ذكر الفقهاء قاعدة يمكن تحكيمها في هذه المسألة، فقد ذكروا أنه إذا طلب خصم واحد لأكثر من قاضٍ يرجح القاضي السابق بطلب المدعى

(١) انظر رأياً قريباً من هذا الفهم في كتاب الطريقة المرضية للوزير محمّد العزيز جعيط: ص٣١،٣٢.
(٢)نظرية الدفوع: ص٢١٦.

عليه، فتجعل القضية من اختصاصه وينظر فيها، وذلك كأن يسبق رسول أحدهما إلى المدعى عليه أو يسبق كتابه إليه، فإن تساويا في ذلك أُقرع بينهما، وتجعل القضية عندالقاضي الذي خرجت له القرعة[1]. هذا ويجدر بالذكر أن القاعدة السابقة تطبق في كل مرة يطلب فيها الخصم من قبل قاضيين، حتى ولو كان طلبه من أجل مخاصمته في قضيتين مختلفتين.

وأما الرأي الذي يجعل العبرة بالاختصاص لاختيار المدعى عليه، وهم بعض الحنفية، فإنه لا يتصور فيه ذلك إلا إذا تعدد المدعى عليهم، فاختار كلٌّ قاضي مكانه، فنرى في هذه الحالة أنه لا يجوز لأي واحد من أطراف الدعوى أن يطلب توحيد القاضي الذي ينظر في الدعوى، لأنه قد تبتغى في ذلك فائدةٌ لأي منهم.

وعلى أية حال فإن نطاق هذا الدفع يظل أوسع في التشريعات الوضعية منه في الفقه الإسلامي، ونعتقد أن السبب هو كثرة الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة في الاختصاص في التشريع الوضعي، حيث يؤدي كثير منها إلى جعل الاختصاص لأكثر من محكمة.

الثاني: وجود ارتباط بين دعويين تنظران أمام محكمتين كل واحدة منهما مختصة بنظر الدعوى المرفوعة أمامها، وذلك كاتحادهما في سبب واحد أوموضوع واحد[2].

ومع أنني لم أجد فيما وقفت عليه من الكتب الفقهية ذكراً لهذا النوع من الدفوع أو فرعاً فقهياً يتعلق به إلا أنه يتفق مع الأصول العامة في التقاضي والتي سبق ذكرها في الفصل الأول من هذا الباب، حيث في ذلك توفير للوقت والنفقات وتيسير للعدل أن يأخذ مجراه، إذ بتوحيد القاضي الذي ينظر دعويين مرتبطتين ببعضهما ارتباطاً وثيقاً يتاح له فرصة أوفر لاكتشاف الحقّ.

وأما الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو غيرها من أوراق المرافعات، **فلا نعتقد أن له مجالاً**

(١) تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني والعبادي عليه: جـ١٠ ص١١٩، الطريقة المرضية: ص٣٢.
(٢) نظرية الدفوع: ص٢٤٠ .

في الفقه الإسلامي فإن وجد فنطاقه ضيق جداً لسببين:

الأول: أن الإجراءات المعقدة لا وجود لها في النظام الإسلامي للمرافعات ولعل ما قدمناه في الفصل الأول من هذا الباب عن ابتعاد هذا النظام عن التعقيد الشكلي في القضاء يكفينا في هذا المقام فليُرجع إليه.

الثاني- أن مخالفة الإجراء الشكلي لا تجوز في النظام الإسلامي أن تكون سبباً لرد الدعوى أو لتأخير الفصل فيها، فقد تقدم أيضاً في ذلك الفصل أن الإجراء الخاطيء يطلب تصحيحه ممن قام به، والقاضي هو الذي يطلب ذلك، فإن فعل أتم نظر الدعوى، فإن أهمل المدعي ما ينبغي ذكره نبهه القاضي إلى ذلك وطلب منه تصحيح الخطأ أو إكمال النقص فإن أصرّ على الخطأ أو النقص رُدّت دعواه إلى أن يفعل، والجدير بالذكر أن هذا الاتجاه الفقهي الإسلامي هو أحدث ما دعا إليه شراح القانون، واستجابت إليه بعض قوانين المرافعات الحديثة[١]. وننقل في هذا المقام ما دعا إليه الدكتور أحمد أبو الوفا في كتابه نظرية الدفوع[٢] بقوله: (.... يتعين على المشرع أن يعمل على تفادي الحكم بالبطلان إذا كان من الممكن معالجة الحال وإزالة الضرر الذي نتج من المخالفة بأن ينص على قاعدة عامة بمقتضاها يخول للمحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات لاستيفاء النقص أو إصلاح الخطأ. فإن كان لا بد من شكلية الإجراءات، وإذا كان لا بد من وضع جزاء على مخالفة الأوضاع التي ينص عليها القانون بالحكم بالبطلان حتى تحترم تلك الأوضاع، فمن الواجب أن يمنع المشرع من اتخاذ هذا الجزاء للكيد والمشاكسة والإضرار بالحقوق، ويتعين عليه إذن ألا يجيز الحكم بالبطلان في كل الأحوال إلا إذا استحالت إزالة الضرر الناتج عن المخالفة. ويتعين عليه في كل الأحوال التي يمكن فيها إزالة الضرر ان يجيز للمحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات التي من شأنها

---

(١) وذلك كما في قانون المرافعات الايطالي الجديد م/١٦٢، حيث ينص في هذه المادة على أنه يتعين على القاضي أن يتخذ ما يلزم نحو تسهيل الإجراء الباطل بأن يأمر باتخاذ ما من شأنه استيفاء النقص أو إصلاح الخطأ - نظرية الدفوع: ص٣٠٩. وكما في قانون المرافعات العراقي- انظر المادة ٢٥،٢٩ من القانون المذكور.

(٢) نظرية الدفوع: ص٣٠٩

استيفاء النقص أو إصلاح الخطأ).

ولا يعني ما سبق أن ذكرناه عن النظام الإسلامي في الإجراءات من حيث تسهيلها وابتعادها عن التعقيد أنه خالٍ من الإجراءات والنظام، وإنما المقصود أنه يميل كما قدمنا في الفصل الأول من هذا الباب، إلى تبسيطها والقضاء على الإطالة والتعقيد التي نجدها في كثير من نواحي النظم الوضعية والتي انتقدها كثيرٌ من علماء المرافعات. **ولتوضيح ذلك نضرب المثل التالي:**–

إن أول إجراء تفتح به الخصومة القضائية هو ما يسمى في قوانين المرافعات بصحيفة افتتاح الدعوى، وإذا كانت من أجل افتتاح الخصومة أمام محكمة الاستئناف فتسمى بصحيفة الاستئناف، وكل منهما يسمى بورقة التكليف بالحضور أو ورقة الدعوة، ولها في القانون أهمية كبيرة، حيث يترتب عليها إذا أُنجزت صحيحةً آثار قانونية من أهمها قطع المدة التي تسقط الحق بالتقادم، ولها شروط في شكلها وطريقة إعلانها[1]. ومن أهم الشروط المطلوبة في شكلها أن تكون مكتوبة، فلا توجد بغير الكتابة ولا يجوز إثباتها بغيرها من الأدلة مهما كانت، فإن لم تكن مكتوبة لم تنعقد خصومة بين المتنازعين حتى ولو حضرا أمام القاضي ودفع المدعي الرسوم المقررة عليه[2]. ومن شروطها الشكلية أيضاً أن تشتمل على البيانات التي أوجب القانون ذكرها فيها، ولا يثبت أي بيان منها إلا بالكتابة في الورقة، فلا يثبت بشهادة ولا بإقرار ولا غيره، كما أنها تعتبر محرراً رسمياً يثبت به كل ما احتوته من البيانات ويشترط فيها كل ما يشترط في المحررات الرسمية من وضوح وخلو من الكشط والتجريح والإضافة، كما ويشترط لصحة هذه الورقة أن يؤدى عنها الرسم المستحق قانوناً وإلا اعتبرت باطلةً.

هذه هي الحال في قوانين المرافعات بصورة مختصرة، وأما الحال في الفقه الإسلامي،

---

(١) نظرية الدفوع: ص٣١٧.

(٢)نظرية الدفوع: ص٣١٧، ٣١٨.

فيختلف عن ذلك كثيرا، فإن الدعوى- كما سبق أن ذكرنا، وكما علم من تعريفها يجوز رفعها بطريقة شفوية أو كتابية، بل يجوز رفعها بإشارة الأخرس المفهومة إذا كان عاجزاً عن الكتابة[1].

ثم إذا رُفعت بطريقة خاطئة أو فيها نقص، كان بالإمكان إصلاح الخطأ أو إكمال النقص طلب ذلك من المدعي، فإن فعل نظرت دعواه وسار فيها القاضي السير الشرعي الذي ذكرناه في الفصل الأول من هذا الباب.

وأما بالنسبة لتكليف الخصم بالحضور فيكون بدعوة من القاضي عن طريق إرسال رسول إليه معه شاهدان عدلان أو ورقة مختومة بختم القاضي، ولا يشترط أن يذكر فيها كل ما اشترطته قوانين المرافعات من بيانات، وأهم ما ينبغي إعلانه به هو القاضي الذي يطلبه والوقت والمكان المطلوب إليهما، وأما البيانات الأخرى كموضوع الدعوى والأسباب التي يعتمد عليها المدعي في استحقاق الشيء المدعى به، وغير ذلك، فلا يشترط ذكرها عند دعوة المدعى عليه إلى الحضور، وإنما يشترط ذكرها عند حضور المتنازعين أمام القاضي ليسمعها المدعى عليه، فإن طلب مهلة للرد على الدعوى وجب تمكينه من ذلك وإعطاؤه مهلة يقدرها القاضي، فإن حضر الاثنان معاً إلى مجلس القضاء، فإن هذا يكون كافياً ولا يحتاج إلى أي إجراء من أجل افتتاح الخصومة، وهو خلاف ما ذكرناه في قوانين المرافعات.

ففي ظل هذا النظام المتقدم لا يتصور الدفع ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى فهي لا تعطى الأهمية التي رأيناها في التشريع الوضعي للمرافعات، حيث لا يتوقف عليها انعقاد الخصومة في الفقه الإسلامي، ولا يشترط فيها ما اشترط في قوانين المرافعات. نعم لا يجوز للقاضي أن ينظر في الدعوى إلا بحضور الخصمين إذا كان المدعى عليه قريباً في البلد كما سبق ذكره إلا إذا دُعي الخصم فلم يستجب لدعوة القاضي، فلو أن مدعياً رفع الدعوى على حاضر في البلد فنظر القاضي في دعواه من غير دعوة خصمه للحضور إلى مجلس القضاء فنعتقد أن قضاءه

---

(١) المحاني الزهرية: ص٨٥.

يكون باطلاً، لأنه يخالف مبدأ هاماً في النظام الإسلامي للقضاء، وهو وجوب حضور الخصمين أمام القاضي،وهو ما سبق تفصيله في الفصل الأول من هذا الباب. ثم إن هذا قضاء على غائب لم يستوفِ شروطه، إذ من أول شروط صحة القضاء على الغائب هو أن يكون المدعى عليه بعيد الغيبة غير حاضر في البلد فيكون هذا القضاء باطلاً اللهمّ إلا عند من لا يشترطون الغيبة البعيدة لصحة القضاء على الغائب.

ويجدر بالذكر أن هذا التبسيط في رفع الدعوى الذي اتضح مما ذكرناه سابقاً في الفقه الإسلامي قد نادى به دعاة الإصلاح من علماء المرافعات، فهذا الاستاذ الدكتور أبو هيف يقول بعد أن انتقد تعقيد الإجراءات التي كانت مطبقة في عهده: (وأهم الأمثال في نظري- على تعقيد الإجراءات-رفع الدعاوي بواسطة صحف تستوفي أشكالاً رسمية مخصوصة يستلزم أقل نقص فيها البطلان، وتعلن إلى المدعى عليهم على يد محضرين. فهلا رُفعت الدعوى بعريضة بسيطة تقدم إلى القاضي، وهو بعد الفحص يأمر بإعلان المدعى عليه بواسطة قلم الكتاب...)[1].

والواقع أن الدفع ببطلان الإجرءات بشكل عام يضيق نطاقه جداً في الفقه الإسلامي عنه في النظم المعاصرة، وذلك لبساطتها في الأول، وتعقيدها في نظم المرافعات المعاصرة. وكلما كثرت الإجراءات وتعقدت، كثرت المخالفات والجزاءات، وأُتيحت الفرص الكثيرة للدفوع المتعلقة بها، وإذا كان الهدف من القضاء هو إظهار الحق وإزهاق الباطل، فإن خير النظم من يمهد الطريق لذلك بإجرءات سهلة وبسيطة، وأسوأها من يعقدها بحيث تصبح الوسيلة هدفاً، ويضيع الهدف الأصلي لتوجه الاهتمام القضائي إلى مراقبة الإجراءات وحمايتها، وفي هذا يقول الاستاذ الدكتور أبو هيف: (يجب أن يلاحظ في وضع كل قاعدة من قواعد قانون المرافعات أن الغرض الأساسي من تنظيم المرافعات إنما هو السعي وراء الحقيقة والحكم بها.... فيجب أن يجتنب بقدر الإمكان في قواعد المرافعات أن يطغى الشكل على الحق فيضيعه. وإذا كان مرمى المرافعات أن توصل إلى الحقوق والحقائق، فإنه يفوت غرَضها

(١) المرافعات المدنية - أبو هيف:ص٦٨.

الأساسي إذا ضاع الحق فيها بسبب أوجه البطلان وسقوط الحقوق بفوات المواعيد. ومتى عرف الغرض الذي تسعى لتحقيقه فيجب على المشرع والقاضي أن يضعاه نصب أعينهما ويعملا به. وليس أصح في هذا الموضوع من قول المشرع الإنجليزي بنتام: أن قانوناً يضيع فيه حق مقرر مدنياً بغلطة في المرافعات لهو قانون سيء رديء)[1].

هذا وأن تشريع جزاء مناسب لما قد يقع من مخالفة للأوضاع والإجراءات القانونية يعتبر من مشكلات تشريع المرافعات في كثير من النظم، وذلك أن أي تشريع لذلك ينبغي أن يأخذ بعين الاعتبار أمرين مهمين هما: ضرورة حماية الإجراءات المسنونة من المخالفات الصادرة من الخصوم أو القضاة أو الموظفين الآخرين، وضرورة حماية الحقوق من الضياع بسبب الإجراءات[2]. وقد ابتدع المشرعون كثيراً من السبل لتحقيق هذين الغرضين ولكن أيا منها لم ينجح في ذلك بصورة مرضية[3]، **والسبب في ذلك كما نعتقد يكمن في أمرين:**

الأول- هو كثرة الإجراءات وتعقيدها، حيث يؤدي ذلك حتماً إلى كثرة المخالفات وازدياد الحاجة إلى فرض المؤيدات والجزاءات مما قد يؤدي إلى ضياع الحقوق.

الثاني- هو محاولة جعل الجزاء متعلقاً بالإجراء ذاته، بجعله باطلاً أو ساقطاً ونحو ذلك.

فلو بسطت الإجراءات لقلت المخالفات المتعلقة بها، ولو جعل الجزاء عقوبة خارجة عن كيان الإجراء مع اشتراط وجوب تصحيحه لكان في ذلك حماية للإجراء مع عدم تفويت الحقوق، ومما قيل مما يتفق مع هذا الاتجاه أن يجعل الجزاء علىالمخالفات الإجرائية فرض غرامة مالية علىالمخالف[4].

وفي الفقه الإسلامي روعي هذان الأمران، فلم تظهر تلك المشكلة.

---

(١) المرجع السابق ص٨٤.
(٢) أصول المرافعات: ص٤٦١، ٤٦٢، نظرية الدفوع: ص٢٨٦.
(٣)نظرية الدفوع: ص٢٨٦.
(٤)أصول المرافعات: ص٤٦٣.

وأما الدفع بطلب ميعاد للاطلاع على مستندات الدعوى، فقد ذكر ما يقابله في بعض الكتب الفقهية، فقد جاء في كتاب الطريقة المرضية (ولو قال المطلوب: لا أُجيب حتى آخذ نسخة من المقال لأتأمل فيه، أُجيب إلى طلبه ومكن من أخذ النسخة وأُجل الجواب عن الدعوى بعد إحضار النسخة بما يراه الحاكم، والغالب التأجيل بثلاثة أيام إذا حضر المطلوب بنفسه، فإن حضر وكيله زيد على الأيام الثلاثة، وروعي قرب بلد الموكل وبعده، وما تستدعيه مفاهمة الوكيل مع موكله من الزمان...)[1].

وأما الدفع بعدم أداء الرسم المقرر لرفع الدعوى، فقد جعله بعض الشراح من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى، لأن الدعوى تكون باطلة في حالة عدم دفع الرسم عن الدعوى. ويرى آخرون أن الدعوى تكون مقبولة، ولكنها فاقدة لشرط من الشروط الشكلية الواجبة، وقيل: إنه شرط متعلق بالنظام العام، فيتمكن الخصم من التمسك به في أية حالة تكون عليها الإجراءات[2].

ولا يرد مثل هذا الدفع في النظام الإسلامي للمرافعات، فإن أحداً من الفقهاء لم يشترط وجوب دفع رسم مالي عن كل دعوى يريد مُدعٍ أن يرفعها، وحتى لو اجتهد بمثل هذا، فلا نرى أبداً أن يجعل الجزاء على التخلف عن دفع الرسم إبطال الدعوى، وربما يؤدي ذلك إلى ضياع الحق إلى الأبد. وإنما ينبغي الاستمرار في نظر الدعوى، لمعرفة الحق لمن هو، والحكم به لصاحبه، ثم يجعل الجزاء على عدم دفع الرسم شيئاً آخر من غرامة إضافية أو عقوبة أخرى مع تحصيله جبراً عن المدعي وللدولة وسائلها في ذلك، أما أن يجعل الجزاء إبطال الدعوى، ففيه من الظلم ما لا يخفى، فقد لا يكون المدعي قادراً على ذلك في وقت رفع الدعوى، ولو تأخر في رفعها فقد يضيع حقه، ويكون السبب في ذلك هو التمسك بإجراء شكلي لا دخل للحق به وهذا تعسفٌ لا مبرر له.

---

(١) الطريقة المرضية: ص٣٢، ٣٣.
(٢) نظرية الدفوع: ص٣٣.

أحكام الدفع:

سنتناول في هذا المقام بتفصيل أحكام الدفع بأنواعه في كلٍ من الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية في المرافعات:

وقته في الفقه الإسلامي:

نصّ فقهاء الحنفية على أن دفع الدعوى يصح إبداؤه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى: فيصح قبل البينة كما يصح بعدها[(١)] وكما يصح قبل الاستمهال يصح بعده[(٢)]. وهذا متفقٌ عليه عندهم في حق الدفع بنوعيه: ما يقصد به إبطال دعوى المدعي بنحو الدفع بإبراء أو قضاء أو حوالة أو بيع أو هبة ونحو ذلك، وفي حق الدفع الذي يقصد به دفع الخصومة عن المدعى عليه. ثم ذهبوا إلى أن النوع الأول من الدفوع (وهو ما يسمى في القانون بالدفع الموضوعي) يصح إبداؤه قبل الحكم وبعده[(٣)]، **إلا أنهم ذكروا شرطين من أجل جواز سماعه بعد الحكم وهما:**

الشرط الأول- أن يتضمن هذا الدفع إبطال الحكم الأول إذا ثبت[(٤)]، وذلك كما إذا ادعى المدعي داراً بالإرث من أبيه، وبرهن على ذلك فقضي له بها، وبعد ذلك ادعى المدعى عليه أنه اشترى هذه الدار من مورث المدعي صح هذا الدفع ونقض القضاء الأول[(٥)].

الشرط الثاني- ألا يمكن التوفيق بين دفع المدعى عليه الذي أتى به بعد الحكم والدعوى الأصلية، فإن كان التوفيق ممكناً لم يقبل هذا الدفع بعد الحكم، وذلك كما لو برهن المدعى

---

(١) قرة عيون الأخيار: جـ٢ ص٤٥٧، البحر الرائق: جـ٣ ص٢٣١، الاشباه والنظائر لابن نجيم:ص٨٩.

(٢) قرة عيون الأخيار: جـ٢ ص٤٥٧.

(٣) قرة عيون الأخيار: جـ٢ ص٤٥٧، البحر الرائق: جـ٧ ص٢٣١، الاشباه والنظائر لابن نجيم:ص٨٩، البحر الرائق: جـ٣ ص٢٣١، المادة ١٨٤٠: من مجلة الأحكام العدلية، مرآة المجلة :جـ٢ ص٥٣٦. أصول استماع الدعوى: ص١١٩، موجز في المرافعات الشرعية: ص٤٦.

(٤) قرة عيون الأخيار: جـ١ ص٢٦، ٢٧، حاشية منحة الخالق على البحر الرائق: جـ٧ ص٢٣٠، الأصول القضائية: ص٥٧.

(٥) أصول إستماع الدعوى: ص١٢٠، الأصول القضائية: ص٧٥.

عليه بعد الحكم أن المدعي أقرّ قبل الدعوى أنه لا حق له في الدار التي حكم لـه بهـا، فإنـه لا يبطل الحكم ولا يقبل منه هذا الدفع، وذلك لإمكان التوفيـق بينـه وبـين دعـوى المدعـي بـأن يحمل على أن المدعي اشترى الدار بخيار فلم يملكها في وقـت الخيار، ثـم بمضـي مـدة الخيـار ملكها، فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الثابت بالشك. ولو برهن قبل الحكم يقبل منه الدفع ويقضى له،وذلك لأن الشك يدفع الحكم قبل صدوره ولا يرفعه بعده[1].

هذا هو المعتمد في المذهب الحنفي، ولكن هنالك قولاً آخر بعدم جواز الدفع بعد الحكـم تمشياً مـع القـاعدة الشـرعية القاضيـة بـأن الدعـوى متى فصلـت بالوجـه الشـرعي مسـتوفية شروطها الشرعية لا تنقض ولاتعاد[2]. ذكر هذا القول الشيخ زيد الأبياني في كتابه "مباحث المرافعات"[3]. ولكنه انتقد كلا الرأيين وقدم رأياً حسناً، وهـو أنـه إذا كـان مـا يسـتند عليـه الدفع خفياً و لم يمكن الحصول عليه وقت السـير في الدعـوى كـان الدفـع مقبـولاً، وإذا كـان الشيء الذي يستند إليه غير خافٍ فلا يقبل منه.

وعند المالكية خلاف حول هذه المسـألة فبعضهـم ذهـب إلى جـواز الدفـع بعـد الحكـم، وآخرون لا يرون ذلك، ولا يرون قبول أي نوع مـن البينـات مـن المحكـوم عليـه بعـد فصـل الدعوى حتى ولو كانت خفية، خصوصاً إذا كان القاضي الذي حكم في الدعوى مـن أهـل العلم والعدل[4]. ولكن للمحكوم عليه عندهم أن يطعن في الحكم الصادر عليه بمستمسـكات أخرى لا تتعلق بدفع الدعوى من حيث موضوعها، وذلك كأن يطعن بأن بينه وبين القـاضي الذي أصدر الحكم عداوة، فإن ثبت ذلك وجب فسخ الحكم وإعادة المحاكمة[5]. ومحـل هـذا مبحث الأحكام والطعن فيها.

هذا بالنسبة للدفع الذي يراد به إبطال الدعوى نهائياً، وأمـا دفـع الخصومـة فيسـتفاد ممـا

---

(١)قرة عيون الأخيار: جـ١ ص١٤.
(٢) الأصول القضائية: ص٥٧.
(٣) مباحث المرافعات: ص٤٨.
(٤) تبصرة الحكام: جـ١ ص٨٠، ٨١.
(٥) المرجع السابق.

ذكر في كتب الحنفية أنه وإن صح إبداؤه قبل الحكم في أية مرحلة تكون عليها الدعـوى، إلا أنهم صرحوا بعدم قبوله إذا أبدي بعد الحكم، وقالوا في تعليـل هـذا الاختـلاف بـين النوعـين السابقين من الدفوع بأن تأخر المدعى عليه في دفع الخصومـة عـن نفسـه إلى مـا بعـد الحكـم يجعل الدعوى صحيحة في جميع مراحلها، لأنها قامت على خصـم حسـب الظـاهر، وبالتـالي يكون الحكم فيها قد صدر صحيحاً، لأنه صدر على خصم شرعي، فليـس لـه بعـد ذلـك أن يدفع بأن يده مثلاً كانت يد حفظ على العين التي حكم بها لغيره، فإنـه أصبح بمثابـة أجنبي يريد إثبات الملك للغائب، فلم تتضمن دعواه إبطال القضـاء السـابق والدفـع كمـا تقـدم إنمـا يصح بعد الحكم إذا ظهر بثبوته بطلان القضاء السابق[1]. ونرى أن هذا التعليل ليـس كافيـاً، لأنه بثبوت الدفع يتبين أن الدعوى رفعت في وجه غير خصم شرعي، وأنها لم تكن مسـتوفية لجميع شروطها الشرعية، فتكون غير صحيحة، وبالتالي يكون الحكم فيها غير صحيح، وبـذا يتبين أن هذا الدفع يظهر بطلان القضاء السابق، وعليه ينبغي أن يكون مقبولاً.

والشافعية لا يرون جواز إبداء هذا الدفع إلا قبل الشروع في إقامة البينة من قبل المدعـي، حتى قالوا: إنه إذا أقام المدعي شاهداً على ملكيته للعين، ثم قبل إكمال الشهادة دفع المدعـى عليه بأن العين ليست ملكه، وإنما هي لزوجته مثلاً لم يقبل منه هذا الدفع، وطلب من المدعي إكمال الشهادة حتى إذا أتمها بشروطها قضي له بـالمدعى بـه، وللزوجـة بعـد ذلـك أن ترفـع دعوى عليه بالعين التي قضي له بها، فمنع من إبداء الدفع بعد الشروع في إقامـة البينـة، لأنـه مقصرٌ بسكوته إلى هذا الوقت[2].

وأما بالنسبة للدفع الشـكلي، فمـع أن الفقهـاء لم يذكـروا أحكامـاً لـه لضيـق نطاقـه في النظام الإسلامي للمرافعات، إلا أننا نرى أن يكون محله قبل الجواب على الدعوى بـالإقرار أو الإنكار أو الدفع، وإلا فإن تأخر الدافع إلى ما بعد الجواب دلّ ذلك على رضاه بالأمر الواقع، فيرد دفعه، ونستأنس في هذا المقام على ما ذكرناه بما جاء في كتاب "الطريقة المرضية": (ولـو

---

(١) حاشية منحة الخالق على البحر الرائق: جـ٧ ص٢٣٠.

(٢) تحفة المحتاج: جـ١٠ ص٣٠٨، ٣٠٩.

قال المدعى عليه: لا أجيب لأنني أُريد التحاكم بين يدي القاضي الحنفي صرف إلى الحاكم الذي يريد المخاصمة عنده)[1]، حيث إن المفهوم من هذا النص أن الدفع بعدم اختصاص القاضي يكون قبل الجواب على الدعوى.

وقته في التشريع الوضعي الإجرائي:

تختلف أنواع الدفوع في الوقت القانوني الذي يجب أن تبدى فيه، **وفيما يلي تفصيل ذلك:**

أولاً-الدفوع الموضوعية: تكاد قوانين المرافعات وشراحها تتفق على أن هذا الدفع يجوز إبداؤه في أية حال تكون عليها الدعوى أثناء نظرها إلى حين إقفال باب المرافعة فيها، بل يجوز إبداؤها بعد الحكم في الاستئناف إذا قام به صاحب الشأن في موعده وبشروطه[2]. وليس هنالك ترتيب خاص ينبغي اتباعه في إبدائها. ولا يعتبر تنازلاً عن الدفع الموضوعي تقديم دفع آخر عليه، اللهمّ إلا ما يقتضيه الانسجام المنطقي بينها بحيث لا تتعارض أو تتناقض مع بعضها[3]. وكذلك فإن السكوت عن إبداء الدفع الموضوعي أمام محكمة الدرجة الأولى لا يسقط الحق في إبدائه أمام محكمة الدرجة الثانية، ولا يعتبر ذلك منطوياً على تفويت حق الخصم في التقاضي على درجتين، لأن هذا الحق لا يستلزم مناقشة كل دفع موضوعي مرتين، ولا يستلزم أن يبحث كل جانب من جوانب القضية مرتين، أي أمام محكمة الدرجة الأولى ثم أمام محكمة الدرجة الثانية، ولكن إذا بحث الموضوع في الأولى وصدر فيه حكم من الأحكام، فعرض على الثانية كان لهذه الأخيرة أن تستقصي كل ما يثار من النواحي الموضوعية، ولو كانت بعض هذه النواحي لم تثر أمام محكمة الدرجة الأولى. وخالف في هذا قانون المرافعات العراقي حيث نص في المادة الخامسة "الفقرة الرابعة" على أن الدفوع الموضوعية يجوز إبداؤها في أي دور من أدوار المرافعة، ولكن لا يجوز إيراد دفوع جديدة منها أمام

---

(١) وهذا على القول بأن العبرة في اختصاص القاضي يكون لاختيار المدعى عليه.
(٢) أصول المرافعات: ص ٥٦٢، نظرية الدفوع:ص ٢١،٢٢، شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤١٤.
(٣)شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤١٤، نظرية الدفوع: ص ٢٢.

محكمة الاستئناف أو التمييز، والمشرع العراقي لا يرى جواز إبداء أي دفع جديد أمام محكمة الاستئناف أو التمييز إلا أحد ثلاثة أنواع من الدفوع وهي: دفع الخصومة ودفع الاختصاص، والدفع بمرور الزمان، فيجوز إبداء أي نوع من هذه الأنواع بداءة واستئنافاً وتمييزاً[1].

ويجدر بنا أن نذكر في هذا المقام أنه وإن اتفق التشريعان الإسلامي والوضعي في جواز الدفع بعد الحكم إلا أن الفرق بينهما هو أن الدفع عند الفقهاء المسلمين يجوز أن يكون عند نفس القاضي الذي أصدر الحكم الأول، بينما لا يصح الدفع بعد الحكم في التشريع الوضعي إلا بعد أن يطعن المدعى عليه بالحكم الصادر عليه أمام محكمة أخرى وهي محكمة الاستئناف بشروط معينة ووقت محدد لا يصح تجاوزه، كما أنه لم يرد في الكتب الفقهية تقييد حق الدفع بعد الحكم بمدة معينة-كما هو الحال في التشريعات الإجرائية- وإنما ذكروا جوازه مطلقاً من غير تقيد بزمن، وإن كانوا قيدوه بشروط أخرى ذكرناها سابقاً. ولكن حق الطعن في مدة معينة في التشريعات الإجرائية يقتضي سقوط حق الدفع إلىالأبد لانتهاء وقته القانوني مهما كانت الأسانيد التي يعتمد عليها الدافع، وهذا مظهر من المظاهر التي يؤدي فيها التمسك بالإجراءات الشكلية إلى ضياع الحقوق في التشريع الوضعي، وهو ما تفاداه التشريع الإسلامي الذي يتمثل بمبدأ عدم جواز سقوط الحق مهما كان بمضي المدة، إلا إذا كان مرور الزمن قرينة على عدم الحق كما هو الحال في بعض المواضع التي مرّ ذكرها.

ثانياً-الدفع بعدم قبول الدعوى: لقد اختلفت الآراء في الوقت الذي ينبغي إبداء هذا النوع من الدفوع فيه علىالأقوال التالية:

١- فقد ذهب رأي إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى يصح إبداؤه في أية حالة تكون فيها الدعوى، سواءً كان ذلك أمام محكمة الدجة الأولى أم كان أمام محكمة الدرجة الثانية، و لم يفرق هذا الرأي بين نوع وآخر من أنواع هذا الدفع، وهو ما استقر عليه قانون المرافعات

---

(١) انظر شرح قانون المرافعات العراقي- ضياء شيت خطاب: ص٦٠، وقراراً لمحكمة التميز العراقية قضت فيه أنه لا يجوز إيراد دفوع جديدة أمام محكمة التميز عدا ما يتعلق بالخصومة والاختصاص ومرور الزمان - قرار رقم ٢٠١٧/ح/١٩٥٨.

المصري الجديد[1]، وقانون المرافعات العراقي[2]. وهو أيضاً لا يسقط بسبب الكلام في موضوع الدعوى، ولا يسبق إبداء الدفوع الشكلية[3]. وهكذا فإن هذا الرأي يسوي بين هذا الدفع والدفع الموضوعي من حيث حكم الوقت الذي يجب أن يبديا فيه. ولذلك فإن بعض الشراح يصنّفه مع الدفوع الموضوعية، ويجعله نوعاً من أنواعها، يجمعه معها إن كان الحكم فيه يؤثر على الموضوع كما هو الحال في الدفع المتعلق بالحق ذاته، ويختلفان في أنه لا يوجه إلى الحق المدعى به مباشرةً، وإنما إلى الحق في رفع الدعوى: فهو يتعلق بمسائل خارجة عن موضوع الدعوى، ويؤثر فيه، والأول يتعلق بمسائل متصلة بموضوع الدعوى ومؤثرة فيه أيضاً[4]، وهذا الاتجاه متأثر بما كان عليه القانون الفرنسي القديم، حيث كان هذا الدفع معتبراً من جملة الدفوع الموضوعية[5].

٢- وهنالك رأي يلحق هذا الدفع من حيث الوقت الذي يجب أن يبدى فيه بالدفوع الشكلية، وهذا الحكم تبناه المشرع الفرنسي في أحد مراسيمه القديمة[6]، حيث نص على أن كافة الدفوع بعدم قبول الدعوى يتعين للتمسك بها إبداؤها قبل التكلم في موضوع الدعوى. ويرمي هذا الرأي إلى عدم السماح للمدعى عليه بالتراخي في إبداء الدفوع التي لا تمس أصل الحق بعد التكلم في الموضوع منعاً من تأخير الفصل في الدعوى.

٣- وهنالك رأي ثالث يوجب التمييز بين نوعين من الدفوع بعدم قبول الدعوى:

النوع الأول: دفع يتعلق بموضوع الدعوى، كالدفع بانتفاء المصلحة، والدفع بحجية الشيء المحكوم به.

---

(١) انظر المادة: ١١٥.
(٢) انظر المادة ٤/٥ من قانون المرافعات العراقي وشرح هذا القانون لضياء شيت خطاب: ص٦٣.
(٣) شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤٢٠.
(٤) المرافعات المدنية- أبو هيف: ص٢٨٩، ٢٩٠.
(٥) نظرية الدفوع: ص٨١٣.
(٦) وهو المرسوم الصادر في ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٣٥م معدلاً للمادة ١٩٢ من قانون المرافعات الفرنسي- عن نظرية الدفوع: ص٨١٥.

النوع الثاني: دفع لا يمس موضوع الدعوى من حيث أنه يتعلق بأمور خارجة عنه، كالدفوع التي تستند إلى السقوط بانقضاء المدة أو الميعاد، فالنوع الأول ينبغي أن يلحق من حيث أحكامه بالدفع الموضوعي، وأن يصح أبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو بعد التكلم في الموضوع. والثاني يجب أن يلحق بالدفوع الشكلية، بحيث لا يجوز التراخي في الإدلاء بها، وإنما يتعين للتمسك بها إبداؤها قبل التكلم في موضوع الدعوى[1].

٤- وذهب بعض الشراح إلى أن تعيين وقت الدفع بعدم قبول الدعوى يقتضي قبل كل شيء تحديد نطاق هذا الدفع بصورة دقيقة:

فهم يرون أن الدفع بعدم قبول الدعوى ليس هو كل دفع يستند إلى عدم توفر شرط من شروط الدعوى بصورة عامة، **وإنما ينبغي التفريق بين نوعين من الشروط:**

فأما الأول: ما يتعلق بالحق المدعى به، وهو شرط المصلحة القائمة الحالة، وذلك لأنه- كما يرى أصحاب هذا الرأي- هو عينة شرط استناد الدعوى إلى حق مستحق الأداء، فيكون الدفع به في واقع الأمر دفعاً بعدم استناد الدعوى إلى حق مستحق الأداء، وهذا دفع موضوعي في حقيقته، وإن كان موجهاً إلى شرط من شروط الدعوى[2]. وأما النوع الثاني من الشروط: فهي التي إذا دفع بعدم توفر أحدها كان هذا دفعاً بعدم قبول الدعوى، وهذه هي شرط الصفة، وشرط عدم سبق الفصل في موضوع الدعوى، وعدم سبق صلح فيه، وعدم سبق حصول تحكيم بصددها، وشرط رفعها في الميعاد المحدد، فإذا دفع المدعى عليه بنقص أحد هذه الشروط كان هذا الدفع دفعاً بعدم قبول الدعوى[3].

فإذا سلم هذا التفريق وقصرنا مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى على الدفع بعدم توفر أحد الشروط من النوع الثاني، كان هذا الدفع في واقعه بعيداً عن أن يمس موضوع الدعوى،

---

(١) أصول المرافعات: ص ٥٦٩، ٥٧٠، نظرية الدفوع:ص٨١٦، شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤١٨.

(٢) نظرية الدفوع:ص٧٩٣.

(٣) نظرية الدفوع:ص٨٠١.

ويجب عندئذ إبداؤه قبل التكلم في موضوع الدعوى[1].

وهذا الرأي-كما يرى- قريب من الرأي السابق، ويبقى الخلاف بينهما في تحديد نطاق ما له شبه بالدفع الموضوعي من جهة وما له شبه بالدفع الشكلي من جهة أخرى. والظاهر أن هذا الرأي الأخير لا يرى دفعاً موضوعياً موجهاً إلى شروط الدعوى سوى الدفع بانتفاء مصلحة المدعي، فينتج أن كل دفع يوجه إلى شرط من شروط الدعوى غير شروط المصلحة يعتبر دفعاً بعدم قبول الدعوى، يسقط الحق في إبدائه إذا سبق الكلام في موضوع الدعوى، اللهمّ إلا إذا كان متعلقاً بالنظام العام، فإنه يقبل في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، وهذا حكم عام لجيمع أنواع الدفوع حتى ولو كانت شكلية كما سيأتي ذكره.

رأينا في هذا الموضوع:

وإنا نرى أن وقت الدفع ينبغي أن يحدد وفق أحد اعتبارين:

الأول- الوقت القانوني والطبيعي الذي ينبغي أن تبحث فيه المسائل التي يتعلق بها الدفع، فوقت المرافعة معظمه مخصص لبحث موضوع الدعوى، لأن القضاء ما شُكِلّ إلا لاستيفاء الحقوق ووضعها في أماكنها، والإجراءات الشكلية شُرعت كوسيلة لذلك الهدف والوضع الطبيعي للأمور يقتضي جعل البحث فيها مقدماً على البحث في الموضوع انطلاقاً من وجوب بحث الوسيلة قبل غيرها.

الثاني- المصالح التي يتعلق بها الدفع: وهذه يتصور فيها ثلاثة أنواع: أن يتعلق الدفع بمصلحة الدافع فقط، أو بمصلحة المجموع، أو بمصلحة أفراد معينين.

فإذا أردنا معرفة الوقت العادل المناسب الذي ينبغي أن يرتبط به قبول الدفع بعدم قبول الدعوى، وجب علينا استقصاء صور هذا الدفع، وتحقيق كل من الاعتبارين السابقين في كل صورة، **وفيما يلي تطبيق ذلك:**

---

(١) نظرية الدفوع:ص٨١٧، ٨١٨.

١- الدفع بعدم قبول الدعوى بسبب انتفاء مصلحة المدعي فيها: وهذا-كما أشرنا غير مرة- ينتج عن أحد أمرين هما: إما أن الشيء الذي يطالب به المدعي ليس مصلحة يحميها القانون، أو أنه مصلحة، ولكن لم يحصل عليها اعتداء، فهي متحققه للمدعي الطالب لها، وعلى كلا الأمرين يكون هذا الدفع متعلقاً بموضوع الدعوى ذاته، وينبغي إتاحة الفرصة للمدعى عليه أن يدفع بأحد هذين الأمرين في أي وقت من أوقات المرافعة، بل وبعد الحكم إذا وقع استئناف للحكم الصادر عليه، لأن الدعوى في الحالة الأولى لا تكون مستندة إلى حق من الحقوق التي يعترف بها القانون، وفي الحالة الثانية تكون الدعوى عابثة غير مفيدة، بسبب تحقق الشيء الذي يطلبه المدعي نفسه.

٢- الدفع بعدم قبول الدعوى بسبب انتفاء صفة المدعي: وهذا دفع لا يتعلق بموضوع الدعوى في حد ذاته، لأنه يهدف إلى دفع خصومة المدعي من غير ما تعرض لموضوعها، فهو على هذا الاعتبار ينبغي أن يثار قبل البدء في التكلم في موضوع الدعوى، ولكن هذا الدفع له تعلق بمصلحتين: إحداهما للمدعى عليه، والأخرى لصاحب الحق موضوع الدعوى الذي لم يتقدم بها، وإنما تقدم بها غيره ممن لا يمثله، وإذا كان تراخي المدعى عليه في هذا الدفع إلى ما بعد التكلم في موضوع يهدر مصلحته، فإنه لا يجوز اعتباره سبباً لإسقاط مصلحة ذلك الشخص الخارج عن الخصومة والذي ليس له فيها أي سبب. وبناءً على ذلك ينبغي أن يصح إبداء هذا الدفع في أية مرحلة تكون عليها الدعوى وأن تعطى المحكمة الحق في ذلك حفاظاً على مصلحة غير الخصوم، وخصوصاً أنه إذا قيل بحق ذلك الغير في الاعتراض على الحكم الصادر في مثل هذه الدعوى، كانت جميع الإجراءات المتبعة فيها، والجهد والوقت المبذولان من أجلها مهددة بالزوال، فيكون هذا الأمر متعلقاً بالنظام العام[١].

ومع أن هذا القول قال به كثيرٌ من شراح القانون[٢] وتبنته بعض قوانين المرافعات، ومع أنه أفضل من القول الآخر، الذي يذهب إلى سقوط الحق في إبداء هذا الدفع بالتكلم في

---

(١)نظرية الدفوع:ص٨٢١.

(٢) المرجع السابق.

الموضوع، ويحقق من الخير والمصلحة أكثر منه، إلا أننا نرى أنه لا يخلو من الثغرات، فإنه قد يؤدي إلى إقرار خبث نية المدعى عليه الذي إذا رفعت عليه دعوى من قبل من ليس له صفة في رفعها وقدر أنه يستطيع الحصول على حكم لصالحه تغاضى عن إبداء الدفع بانتفاء صفة المدعي، حتى إذا ما تبين له أنه كان مخطئاً في تقديره وأنه لا بد خاسر في هذه القضية بادر إلى دفع الدعوى بانتفاء صفة المدعي، وطلب قبول هذا الدفع محتجاً بأنه يتعلق بالنظام العام. كما أنه قد يؤدي إلى إهدار مصلحة صاحب الحق الخارج عن الخصومة، فقد تكون مصلحته في استمرار الدعوى وهو بعيد أو غافل عمّا تنبه إليه المدعي من عدوان على حقه، وإذا جاز لنا أن نقترح حلاً يراعي هذه الاعتبارات: وهي حفظ مصلحة الغير، وحفظ مقتضيات النظام العام، وقطع الطريق على المدعى عليه ذي النية السيئة، فإنا نرى أن هذا الدفع إذا أُبدي قبل التكلم في موضوع الدعوى فإنه يكون مقبولاً لأنه لا يجوز إلزام المدعى عليه على مخاصمة من ليس خصماً له. وأما الذي أبدي بعده، فليجعل قبوله متوقفاً على إجازة صاحب الحق، فإن أجازه قبل الدفع ودفعت الخصومة، وكان ذلك منه إنكاراً لقيام المدعي بالخصومة نيابة عنه، وإن رده، وجب السير في الدعوى وإهمال المدعى عليه، واعتبر ذلك بمثابة الوكالة اللاحقة للمدعي في المخاصمة عنه. وأما إذا أُثير هذا الدفع من قبل المحكمة -وينبغي أن يكون لها ذلك، لتعلقه بمصلحة غير المتخاصمين- فيجب جعل قبوله متوقفاً على إجازة صاحب الحق أيضاً سواءً أثارته قبل التكلم في موضوع الدعوى أو بعده. فهذا الحل يوفق بين الاعتبارات السابقة:

ففيه مصلحة ظاهرة لصاحب الحق في الدعوى، حيث يتيح له الفرصة في أن يتابع الدعوى من غير جهد جديد ورسم جديد إن رأى مصلحته في ذلك، وإلا فله أن يوقف السير فيها، بالموافقة على الدفع المبدى من قبل المدعى عليه.

ولا يتنافى مع مقتضيات النظام العام، لأن للمحكمة أن تثيره في أي وقت تشاء بشرط أن يوافق عليه صاحب الحق، فإن أثارته بنفسها قبل التكلم في موضوع الدعوى أو بعده، فلم يقبله صاحب الحق كان هذا كما قلنا وكالة منه للمدعي في السير في الدعوى، وليس له بعد ذلك أن يعترض على الحكم الصادر إن لم يعجبه بحجة أنه لم يكن خصماً، لأنه وافق على تصرف المدعي فيعتبر ذلك توكيلاً له، فيكون ممثلاً تمثيلاً قانونياً في الدعوى، وما يصدر على

الوكيل يخضع له الموكل إذا قام الأول بجميع مقتضيات عقد الوكالة، فلا يكون في ذلك أي تهديد للإجراءات المتخذة في الدعوى.

كما أنه يقطع الطريق على أصحاب النوايا السيئة من المدعى عليهم، حيث إن تحديد قبول الدفع ليس في أيديهم، وإنما يتوقف على قبول أصحاب الحقوق فلا تعطى لهم الفرصة في إيقاف السير في الدعوى عندما يريدون.

هذا وقد نجد لرأينا هذا شبهاً بالعقد الموقوف: وهو العقد الذي يبرمه فضولي عن غيره فقيل في بعض الآراء أنه يكون موقوفاً على إجازة صاحب الحق، فكذلك هنا، لأن رفع الدعوى تصرف قانوني كالعقد، فيجوز أن يكون موقوفاً.

٣- الدفع بعدم قبول الدعوى بسبب انتفاء صفة المدعى عليه في توجيهها إليه: وهذه الصورة كالسابقة يتعلق الدفع فيها بمصلحة شخص ثالث لم يدخل في الخصومة، وهو الشخص الذي له الصفة في توجيه الدعوى ضده أصلاً، فتعطى حكمها، ولا يكون بينهما فرق في ذلك.

٤- الدفع بعدم أو بنقصان أهلية المدعي أو المدعى عليه: هذه الصورة من صور الدفع بعدم قبول الدعوى لا يشك في أنها لا تتعلق بموضوع الدعوى من قريب أوبعيد، ولكنها تتعلق بالنظام العام، وذلك لأن أحكام الأهلية شُرعت لحماية أشخاص ضعفاء لايستطيعون حماية أنفسهم بأنفسهم، فلا يجوز مخالفة هذه الأحكام خوفاً من استغلال ضعفهم، فالدفع بوقوع ما يخالف أحكام الأهلية من نقص أو انعدام فيها دفع متعلق بمصلحة الجماعة وبالنظام العام، فينبغي قبوله في أية مرحلة تكون عليها الدعوى.

٥- الدفع بعدم قبول الدعوى بسبب سبق صدور حكم في موضوعها أو صلح حوله أو تحكيم بصدده: هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، وإنما يستفيد منه الدافع وحده، ولكن هل له تعلق بموضوع الدعوى؟

لقد ذكرنا فيما سبق أنه كذلك، وعللنا وجه تعلقه بالموضوع، فيجب أن يقبل في أية حالة تكون عليها الدعوى، إلا أن هذا لا يعني أن المحكمة يجوز لها أن تحكم به بنفسها لأنه

كما قدمنا لا يتعلق بالنظام العام، وإنما يحقق مصلحة خاصة.

٦- الدفع بعدم قبول الدعوى بسبب فوات الميعاد أو المناسبة: فهذا لا يتعلق بموضوع الدعوى ويقتصر على الدافع فقط، فهو لا يتعلق أيضاً بالنظام العام، وعليه ينبغي أن يبدى قبل التكلم في موضوع الدعوى.

٧- وأما الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها على كل من يوجب القانون اختصامهم أو لعدم رفعها من جانب كل من يوجب القانون اشتراكهم في رفعها فهو-كما نعتقد- صورة من صور الدفع بانتفاء صفة المدعى عليه أو المدعي، لأن القانون حينما اشترط ذلك جعل الحق في رفع الدعوى أو الصفة في الجواب عنها لجماعة بتمامها لا يجوز أن ينقص منها أحد.

ثالثاً-الدفوع الشكلية: الأصل في هذه الدفوع ألا تقبل إلا إذا تمسك بها الدافع قبل الدخول في موضوع الدعوى، أي قبل إبداء أوجه الدفع الموضوعية[1]. وذلك لأن هذه الدفوع تتعلق بالإجراءات الشكلية التي إنما شُرعت لتكون وسائل لضمان مناقشة نزيهة وبحث موفق في موضوع الدعوى، فمن العدل، ومن وضع الأمور في محلها الطبيعي أن يكون تدقيقها قبل البحث في موضع الدعوى ضرورة وجوب السبق في معرفة الوسيلة لتكون موصلة إلى الهدف. ثم أنه ليس من العدل أن يبقى المدعي مهدداً بالدفوع المتعلقة بالشكليات في جميع أدوار القضية، ولأن المظنون أن الذي يدخل في الموضوع، ويناقش في عدم وجوب الحق المطلوب عليه، و لم يتعرض للمسائل التي من مصلحته التمسك بها، المظنون أنه تنازل عنها بتكلمه في الموضوع[2]. بل أن بعض القوانين قد جعلت ترتيباً ينبغي اتباعه في إبداء الدفوع الشكلية من أجل قبولها، فهذا المشرع العراقي للمرافعات سار في هذا الاتجاه حيث أوجبت المادة ٧٩ منه أن يبتدأ أولاً بعدم صلاحية المحكمة أو بطلان ورقة الدعوة، أو

(١) المادة ١٠٨ من قانون المرافعات المصري الجديد، نظرية الدفوع:ص١٤٧ ، شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤١٥، شرح قانون المرافعات العراقي- ضياء شيت خطاب: ص٦٢، المادة ٦٧ من قانون المرافعات العراقي.

(٢) المرافعات المدنية- أبو هيف: ص٢٨٦.

الأوراق القضائية الأخرى التي يتبادلها الطرفان، ثم يدفع بعدم اختصاص المحكمة للنظر في الدعوى، وإذا كان للخصم دفع بطلب رد الحاكم فيجب أن يقدمه قبل الدخول بأساس الدعوى وإلا سقط حقه في هذا الدفع[1].

ولكن هنالك حالتان يجوز فيهما التمسك بالدفع الشكلي بعد الدخول في موضوع الدعوى وهما:

١- حالة طلب تأجيل الدعوى من أجل الاطلاع على مستندات قدمها الخصوم، فإن الحق في هذا الدفع لا ينشأ إلابعد تقديم تلك المستندات، ولكن إذا بادر الخصم بالرد على ما جاء في هذه المستندات أُسقط حقه في هذا الدفع[2].

٢- الدفوع الشكلية التي تتعلق بالنظام العام يجوز الإدلاء بها في أية حالة تكون عليها القضية، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، وذلك ان تنازل الخصم صراحة عن إبدائها غير مقبول، فلا يجوز استنتاج هذا التنازل من تراخيه في إبدائها بطريق أولى[3].

من له حقُّ الدفع:

الدفع عند الفقهاء المسلمين لا يقبل إلا من المدعى عليه سواءً كان مدعى عليه في الدعوى الأصلية أم كان في دفعها: إذ من المقرر عند الفقهاء أن الدفع نفسه، دعوى يصبح فيها المدعي مدعى عليه والمدعى عليه في الدعوى الأصلية مُدعياً في الدفع، فيكون للمدعي الذي انقلب مدعى عليه في الدفع أن يدفع الدفع الموجه إليه، حيث نصوا على جواز الدفع ودفع الدفع ودفعه وهكذا[4].

---

(١) شرح قانون المرافعات العراقي- ضياء شيت خطاب: ص٦٢.
(٢) المرافعات المدنية- أبو هيف: ص٢٨٦، نظرية الدفوع: ص١٣٣.
(٣) انظر المرجعين السابقين.
(٤) قرة عيون الأخيار: جـ٢ ص٤٥٧، الاشباه والنظائر لابن نجيم: ص٨٩، أصول استماع الدعوى: ص٨٣.

ولكنه يسمع من غير المدعى عليه إذا تعدى إليه الحكم على فرض صدوره، والسبب في ذلك هو ما قلناه من أن الدفع في الفقه الإسلامي صورة من صور الدعوى يشترط من أجل قبوله أن يبدى من قبل شخص له شأن في القضية، والشأن في الدفع يكون للمدعى عليه بتحقيق أحد أمرين: إما دفع خصومة المدعي عن نفسه، وإما إبطال دعواه ببيان أنها غير مستندة إلى حق مستحق الأداء. ويلحق به كل من يتضرر بالحكم الصادر على المدعى عليه، وهذا غالباً ما يكون عندما يتدخل بالدفع من يصح له أن يكون خصماً عن المدعى عليه[1]، وقد ذكر الفقهاء للدفع الذي يبديه غير المدعى عليه بعض الصور وهي:

١- إذا ادعى رجل ديناً على مورث، وخاصم أحد الورثة وأثبته بالبينة كان لغير المخاصم من الورثة دفع هذه الدعوى، لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الجميع فيما لهم وعليهم، فالحكم يتعدى إلى غير الوريث المخاصم إذا حصل إثبات بالبينة، فيكون له الحق في دفعه[2].

٢- إذا أُقيمت الدعوى من أحد يطلب استحقاقه في وقف، وثبت ذلك بالبينة، كان لمستحق آخر فيه دفع هذه الدعوى، لأن الحكم يتعدى إليه ويقتطع في النتيجة شيئاً من نصيبه[3].

٣- إذا استحق المبيع من يد المشتري بالبينة، فأراد الرجوع على البائع بالثمن فادعى البائع على المستحق بأنه باعه له قبل أن يبيعه هو من المشتري سمع هذا الدفع منه لأن له شأناً في القضية، فهو بهذا الدفع يمنع رجوع المشتري عليه بالثمن[4].

٤- في الكفالة بالأمر: إذا أراد الدائن الحكم على الكفيل بالأمر، فإن للأصيل أن يدفع بأنه كان وفى الدائن المبلغ المدعى به، ويقبل منه ذلك وتندفع الدعوى[5].

---

(١) البحر الرائق: جـ٧ ص٢٣١، قرة عيون الأخيار: جـ٢ ص٤٥٧.

(٢) قرة عيون الأخيار: جـ٢ ص٤٥٧، موجز في المرافعات الشرعية- أحمد إبراهيم: ص٤٥، معين الحكام الطرابلسي: ص١٢٩، مباحث المرافعات: ص٤٧، أصول استماع الدعوى: ص٩٠.

(٣) مباحث المرافعات: ص٤٧.

(٤) مباحث المرافعات: ص٤٧، ٤٨، أصول استماع الدعوى: ص٨٩.

(٥) أصول استماع الدعوى: ص٨٩.

ومع أن الفقهاء لم يذكروا في هذا المقام سوى تلك المسائل، إلا أن تعليلهم لما ذكروه من قبول الدفع من غير المدعى عليه في تلك المسائل يدلُّ على أنهم لم يقصدوا بها الحصر، فيجوز قبول الدفع من كل من يتعدى إليه الحكم، وإن لم تكن الدعوى قد وجهت إليه في البداية. ولكن هل هذا يعني أن القاضي في الفقه الإسلامي لا يستطيع أن يقضي بدفع الدعوى بنفسه من غير أن يطلب منه ذلك من قبل المدعى عليه أو من له شأن؟

لا شك أن مفهوم ما أكد عليه الفقهاء من أن الدفع لا يقبل إلا من المدعى عليه وممن يتعدى إليه الحكم هو أن هذا الدفع لا يجوز إثارته من قبل غير هؤلاء، لأن ذلك يخل بمبدأ المساواة الذي فصلناه في الفصل الأول من هذا الباب، وكما أن الدعوى لا يجوز إثارتها من غير مدعٍ، فكذلك الدفع لا يصح إثارته من غير طلب المدعى عليه، ففي كلا الحالتين يكون تدخل القاضي من غير ما طلب يقدم إليه من قبل أحد الخصوم إنشاء لنزاع لم يثره أحد، **ولكن ينبغي أن يلاحظ في هذا المجال الأمور التالية:**

الأمر الأول:

أن هذا الحكم الذي ذكره الفقهاء وأكدوا عليه كما قدمنا لا ينطبق إلا على ما ذكروه من صور الدفوع، **والذي ذكروه منها هو:**

١- دفع الخصومة في دعوى العين بسبب كون يد المدعى عليه يد حفظ، وعدم كونها يد خصومة، وقد سبق تفصيل ذلك فيما تقدم.

٢- الدفع الموضوعي الذي يقصد به إبطال الدعوى من أساسها.

وأما الصور الأخرى للدفوع التي استنتجناها، وهي تلك التي تبنى على عدم توفر شرط من شروط الدعوى في الفقه الإسلامي، فلم يذكرها الفقهاء من جملة الدفوع. وبذلك فإن الحكم السابق لا يجوز أن ينسحب أثره عليها، وإنما ينبغي أن يقتصر تطبيقه على الأنواع التي ذكروها، وهي ما قدمناه أعلاه، ولكن ما الحكم بالنسبة لما استنتجناه من الدفوع الأخرى، وهي التي توجه إلى شروط الدعوى؟

نستطيع أن نستنتج مما ذكره الفقهاء في شروط الدعوى أن على القاضي قبل أن يبدأ في فصل الدعوى من حيث موضوعها أن ينظر في شروط صحتها، فإن وجد نقصاً فيها وعيباً وجب أن يردها، اللهم إلا إذا كان الفساد منحصراً في أمر يمكن تداركه وتصحيحه، فيطلب ذلك من المدعي، فإن فعل صحت دعواه، وبناءً على ذلك إذا تقدم شخص بدعوى إلى القاضي وجب على هذا الأخير أن ينظر في أهليته وأهلية خصمه، وفي صفته وصفة خصمه، وفي الحق المدعى إن كان محدداً معلوماً أم لا، وغير ذلك من الشروط، حتى إذا تبين أن أحد هذه الشروط غير متحقق في دعوى المدعي ردها لعدم صحتها، وهكذا فإننا نعتقد أنه يجوز للقاضي بل يجب عليه أن يرد أية دعوى لم تكتمل شروطها، وإن كان الفقهاء لم يسموا هذا دفعاً، وإنما اعتبروه من واجبات القاضي، واقتصروا في مفهوم الدفع على ما يقدمه المدعى عليه من دفع الخصومة أو إبطال دعوى. ولكن قد يرد هذا السؤال على ما قدمناه: وهو أن دفع الخصومة في الصورة التي ذكرها الفقهاء يتعلق بشرط من شروط الدعوى وهو شرط صفة المدعى عليه، فلماذا اشترط في قبوله أن يثيره المدعى عليه؟ نعتقد أن السبب في ذلك هو أن الشرط في ظاهر الأمر متحقق في تلك الصورة، وذلك لأن المدعى عليه في صورة الدفع التي ذكروها يحوز العين المدعاة، فهو الخصم في ظاهر الأمر، وأما الواقع الذي يتستر وراء هذا الظاهر فلايستطيع القاضي اكتشافه ولا هو بمكلف به، فإن أراد المدعى عليه دفع الخصومة عن نفسه وجب عليه أن يكشف بنفسه ذلك الواقع، فيكون عندئذ مدعياً لخلاف الظاهر، فتطلب منه البينة أو إقرار المدعي، وعلى هذا نعتقد أن شروط الدعوى في صورة الدفع التي ذكرها الفقهاء متحققة جميعها من حيث الظاهر لدى القاضي، ولا يمكنه أن يخالف هذا الظاهر لمصلحة أحد الخصوم، وإلا كان متحيزاً.

الأمر الثاني:

أن ذلك الحكم المتقدم للقاضي بعدم قبول الدفع من غير المدعى عليه، أو ممن يتعدى إليه الحكم لاينبغي أن يشمل تلك الدعاوي التي يكون الحق في رفعها لأي مسلم في دولة الإسلام، وهي ما يكون الحق المدعى فيها حقاً خالصاً لله تعالى، فكما أن الصفة متحققة لكل فرد في رفعها فكذلك ينبغي أن يكون الأمر في دفعها.

وأما في التشريعات الإجرائية:

ففيها أيضاً يقبل الدفع من المدعى عليه، وهذا يستفاد من تعريف الشراح للدفع، حيث يفهم منه أن الدفع نوع جواب يقدمه المدعى عليه ليرد على الدعوى[1]. ولكن هل يقبل من غيره؟

هنالك حالتان- شبيهتان إلى حد ما بمقابلتيهما في النظام الإسلامي- يجوز فيهما إبداء الدفع من قبل غير المدعى عليه.

الحالة الأولى: إذا كان الدفع متعلقاً بالنظام العام، ويسري هذا على جميع أنواع الدفوع من شكلية وموضوعية ودفوع بعدم قبول الدعوى، وهذا متفق عليه بين قوانين الإجراءات وشراحها، وينحصر بينهم الخلاف في إضفاء صفة النظام العام على بعض الدفوع:-

فبالنسبة للدفوع الشكلية: الأصل فيها أنه لا يجوز إبداؤها من قبل غير المدعى عليه إلا إذا كانت متعلقة بالنظام العام، فيجوز للمحكمة أن تحكم فيها من تلقاء نفسها، وذلك كالدفع بعدم الاختصاص لانتفاء الولاية أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها[2]. وأما الدفع بعدم الاختصاص المحلي، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم فيها بنفسها، لأنه لا يتعلق بالنظام العام، حيث روعي في تشريعه مصلحة المدعى عليه فقط[3].

وأما الدفع بعدم القبول فمن صوره ما يعتبر فيها متعلقاً بالنظام العام يجب على المحكمة أن تحكم فيه من تلقاء نفسها، وذلك كالدفع بعدم قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف، والدفع بعدم قبول الطعن في الحكم لرفعه قبل الميعاد أو بعده، كما قيل بأن الدفع بإنكار صفة الخصم هو من الدفوع التي تتصل بالنظام العام، فيجب على المحكمة الحكم فيه من تلقاء نفسها[4].

---

(١) انظر أصول المرافعات: ص٥٦١، نظرية الدفوع:ص١٧ ، المرافعات المدنية- أبو هيف: ص٢٨٤، شرح قانون المرافعات العراقي- ضياء شيت خطاب: ص٥٧.

(٢) انظر المادة ١٠٩ من قانون المرافعات المصري الجديد

(٣) نظرية الدفوع:ص١٥٥.

(٤)نظرية الدفوع:ص٨١٩، ٨٢٠.

وأما الدفع الموضوعي، فيختلف أيضاً باختلاف صوره وحالاته، فإن كان موضوعه متعلقاً بالنظام العام كان على المحكمة أن تحكم فيه من تلقاء نفسها[1] وإلا فليس لها ذلك، ويتوقف صحة حكمها على طلب صاحب الشأن في الدفع، ومثال ما هو متعلق بالنظام العام أن تطلب امرأة أجرة بغائها أمام المحكمة، فيجب على المحكمة دفع هذه الدعوى لمخالفة موضوعها لقواعد النظام العام والآداب العامة، حتى ولو لم يطلب المدعى عليه ذلك منها.

والواقع أن إضفاء صفة النظام العام على موضوع دفع من الدفوع تختلف في كثير من الأحيان باختلاف الآراء ومفهوم النظام العام نفسه، وكم من أمر تبدل الرأي فيه بين معتبر له ماساً بالنظام العام، ومعتبر إياه أمراً خاصاً لا علاقة له بالنظام العام، والتشريع الوضعي قد يتأثر بهذا الرأي أو ذاك، وهذا شبيه إلى حد ما باختلاف الفقهاء في تحديد حقوق اللّه وحقوق العباد-وما فيه حق اللّه غالب، وما فيه حق العبد غالب.

الحالة الثانية: عندما يتدخل شخص ثالث فيدافع عن أحد الخصمين ليدفع ضرراً قد يصيبه نتيجة للحكم الذي يصدر في الدعوى لو لم يتدخل. وهذا ما يسمى بالتدخل الانضمامي في الدعوى. وقد ذكر شراح القانون لهذا النوع من التدخل عين مثال الاستحقاق الذي ذكره الفقهاء المسلمون، وقد أشرنا إليه فيما تقدم، فقد ذكروا أن طالب التدخل إذا كان ملتزماً بضمان تجاه المدعى عليه، وكانت الدعوى الأصلية متعلقة بما قد يستوجب هذا الضمان، فالبائع الضامن يحق له أن يتدخل في دعوى الاستحقاق المرفوعة على المشتري ولو لم يطلب المشتري تدخله[2]. وذكروا مثالاً آخر وهو أن يشتري شخص آلة من محل تجاري ويكشف فيها عيباً، فيرفع دعوى على البائع بالتعويض، فيتدخل صاحب المصنع الذي صنعت فيه هذه الآلة منضماً إلى بائعها لإثبات عدم وجود العيب أو سقوط حق المشتري في طلب التعويض. ويبرر تدخله في هذه الحالة أن يخشى أن يقصر البائع في الدفاع أو أن يكون متواطئاً مع المشتري حتى إذا ما قضي في الدعوى كان ذلك سبباً قانونياً للرجوع على صانع

(١) المرافعات المدنية- أبو هيف: ص٢٨٧.
(٢) أصول المرافعات: ص٥٨٥، ٥٨٦.

الآلة، فيتدخل إلى جانب المدعى عليه طالباً دفع الدعوى[1].

وهذه الحالة كما يرى عين ما ذكر في الفقه الإسلامي من أن الدفع يقبل من غير المدعى عليه إذا كان الحكم الصادر في الدعوى يتعدى إليه، فيصيبه منه ضرر، بل إن بعض شراح القانون ذهب إلى القول بأن التدخل الانضمامي (وإن شئت قل الدفع من غير المدعى عليه) يصح ممن يصح اختصامهم[2]، وهذا هو عين ما نقلناه سابقاً ونحن بصدد التكلم عن هذه الحالة عن كتاب قرة عيون الأخيار[3].

غير أن التشريعات الوضعية الإجرائية لا تتعرض لأحكام هذه الحالة في الدفوع، وإنما تذكرها دائماً في التدخل، ولا نرى فرقاً في ذلك اللهمّ إلا إذا قيل بأن المتدخل انضماميا لا يصح له أن يطعن في الحكم الصادر في الدعوى، فيكون في ذلك مخالفة لحكم الدفع الموضوعي، حيث يصح إبداؤه أمام محكمة الاستئناف ولو لأول مرة، وعلى كل حال فإن هذا أمر مختلف فيه بين الشراح، فمنهم من أجاز له الطعن، ومنهم من لم يجز[4] ثم إنه على فرض عدم قبول الطعن من المتدخل، فإنا نرى أنه إذا طعن المدعى عليه بالحكم جاز التدخل الانضمامي أمام محكمة الدرجة الثانية التي ينظر فيها الطعن.

شروط الدفع:

لما كان الفقهاء قد اعتبروا الدفع نوعاً من الدعوى، حتى أنهم وضعوا تعريفهم للدعوى حرصوا على أن يدخلوا فيه دفعها، فإنه من البدهي أن يشترطوا لصحته ما اشترطوه لصحة الدعوى في مختلف عناصرها من أهلية وصفة في أطراف الدعوى، ومعلومية في الحق المدعى به، ومشروعية فيه وغير ذلك من الشروط الأخرى، **ويضاف إليها بعض الشروط المستمدة**

---

(١) شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤٢٧.
(٢) أصول المرافعات: ص ٥٨٦.
(٣) قرة عيون الأخيار: جـ٢ ص٤٥٧.
(٤) انظر شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤٢٨.

من كونه مرتبطاً بدعوى سابقة عليه وهي:

١- ينبغي أن يراعى وقته عند إبدائه، وخصوصاً عند من يرون وجوب تقديم دفع الخصومة على الشروع في إثبات الدعوى، كما هو الحال عند الشافعية أو تقديمه على الحكم كما هو الحال عند الحنفية.

٢- أن يوجه إلى دعوى صحيحة، فإن كانت الدعوى الأصلية باطلة فلا خلاف في عدم قبوله، إذ ليس للدعوى الباطلة حكم، وهي تعتبر في حكم المنعدمة، والتصدي لدفعها تحصيل حاصل، وهو عبث[١].

وأما إذا كانت الدعوى فاسدة (وهي الدعوى التي تكون خالية من العيوب الجوهرية، ولكنها مشوبة بعيب ليس جوهرياً يمكن إصلاحه،) فهل يقبل دفعها من قبل المدعى عليه؟.

الرأي الراجح عند الحنفية أن الدفع الصحيح للدعوى الفاسدة صحيح، فإن قيل: ما فائدة دفع الدعوى الفاسدة مع أن القاضي لا يسمعها؟ أُجيب بأنه لو ادعاها على وجه صحيح يكون الدفع كافياً [٢]، ومثال ذلك لو ادعى مدعٍ بدعوى من دون تعيين المدعى به، فدفع المدعى عليه هذه الدعوى بقوله للمدعي: لقد أبرأتني من جميع الدعاوي يقبل هذا الدفع منه، فإن أثبت المدعى عليه هذا الدفع وجب على القاضي ردها، ولا يبقى للمدعي حق في إصلاح دعواه من فسادها ورفعها مرة ثانية صحيحة[٣].

٣- عدم التناقض في الدفع: ويشترط في الدفع أن لا يكون متناقضاً مع كلام صادر من الدافع سواءً كان هذا الكلام صادراً عنه في جواب الدعوى أو في دفع آخر سبق أن أبداه أم كان صادراً عنه خارج مجلس القضاء وهذا شرط في الدعوى أيضاً، ولكن حصول التناقض

---

(١) أصول استماع الدعوى: ص٨٣.
(٢) البحر الرائق: جـ٧ ص٢٣١.
(٣) أصول استماع الدعوى: ص٨٣.

في الدفع أوسع نطاقاً، لما أن الدفع قد يسبقه الجواب، وقد يسبقه دفع آخر فيتناقض معها[1].

٤- وهنالك شروط خاصة بصورة دفع الخصومة التي ذكرها الفقهاء في كتبهم، وقد ذكرنا هذه الشروط في بحثنا لصور هذا الدفع المختلفة، فلا حاجة لتكرارها.

وأما شروط الدفع في التشريعات الوضعية الإجرائية: فقد ذكروا ما هو شبيه بما سبق ذكره عند الفقهاء المسلمين معتبرين الدفع نوعاً من الدعوى، يقدمه المدعى عليه للرد على الدعوى المرفوعة عليه، فاشترطوا فيه ما اشترطوه في الدعوى من شروط أهمها المصلحة[2]، فصرحوا بوجوب رد الدفوع الكيدية والدفوع التي لا تتعلق بالخصومة القائمة أو أحد إجراءاتها[3]. ولكن يلاحظ في هذا المقام أن بعض الدفوع الشكلية تتحقق فيها المصلحة على جميع الأحوال، وهذه هي الدفوع بالبطلان، حيث قالوا: إن المتمسك بالبطلان له مصلحة في جميع الأحوال في التمسك به، ولو لم تسبب المخالفة ضرراً له، فالمدعى عليه مثلاً إذا تمسك ببطلان صحيفة الدعوى تكون له مصلحة في كل الأحوال في التمسك به، إذ هو يبتغي التخلص من الخصومة التي نشأت بإعلان تلك الصحيفة، مع أن بعض الشراح ذهبوا إلى وجوب تخصيص هذا الشرط في مثل هذه الدفوع بأن تكون المصلحة المتوخاة من الدفع ببطلان الإجراء القضائي هو دفع ضرر وقع على الدافع لا مجرد مصلحة[4].

أثر الدفع:

إذا كان الدفع دعوى فلا شك أنه ينتج عنه ما ينتج عن الدعوى، فمتى وجد الدفع من المدعى عليه أو ممن له شأن فيه صار المدعى عليه مدعياً، والمدعي مدعى عليه، وحينئذٍ يسير القاضي مع الخصوم في هذا الدفع كسيره في الدعوى الأصلية، فيسأل المدعي الأصلي الذي

---

(١) وقد سبق تفصيل ذلك في "شروط الدعوى".

(٢) انظر المادة ٣ من قانون المرافعات المصري الجديد ، والوجيز في أصول المحاكمات- رزق الله أنطاكي: ص١٦٨، المرافعات المدنية- أبو هيف: ص٢٨٤.

(٣) الوجيز في المرافعات المدنية- عبد المنعم الشرقاوي: ص٨٤.

(٤) نظرية الدفوع: ص٢٩٢.

أصبح في مركز المدعى عليه بالنسبة للدفع عن جوابه عليه، فإن أقرّ بما يدفع به خصمه لزمه ذلك، ودفعت دعواه ومنع من المطالبة والتعرض، وكان للدافع الاحتجاج بالحكم الصادر بقبول دفعه أمام قاضٍ يجدد المدعي دعواه عنده(١). وإن أنكره كلف الدافع بإثبات دفعه، فإن أثبته بحجة شرعية اندفعت دعوى المدعي. وإن عجز عن الإثبات وطلب يمين المدعي الأصلي أجيب إلى طلبه ووجه القاضي اليمين إليه، فإن نكل عن اليمين ثبت الدفع عند من يقولون بالنكول، وعند الآخرين يحلف الدافع يمين الرد، فإن فعل ثبت الدفع واندفعت الدعوى. وأما إذا حلف المدعي الأصلي عادت دعواه الأصلية(٢)، فإذا حدث وطلب الدافع إمهاله ليحضر بينته على الدفع وجب إمهاله، والقاضي يقدر زمن الإمهال فإن شاء أمهله إلى آخر الجلسة، و إن شاء إلى الغد، و إن شاء إلى ما بعد الغد، ولا يطيل في مهلته، لأن الحق قد توجه إليه فلا يسعه التأخير(٣). وقيل: إنه يجوز أن يطلب من الدافع المستهمل كفيل إنْ خيف هربه، ويرجع ذلك إلى تقدير القاضي(٤)، وكثير من الفقهاء حدد المدة التي يجوز الإمهال إليها بثلاثة أيام(٥).

ثم إذا عجز الدافع عن إثبات دفعه، وحلف المدعي عادت دعواه الأصلية كما ذكرنا، **ولكن ينظر بعد ذلك في طبيعة الدفع الذي كان المدعى عليه قد أبداه:**

أ- فقد يكون هذا الدفع متضمناً للإقرار بالمدعى به. فإذا عجز المدعى عليه من إثباته اعتبر مقراً بالدعوى، وأُلزم بإقراره، مثال ذلك: أن يدعي شخص على آخر بدين معين فيدفع المدعى عليه قائلاً: إن المدعي كان أبرأني من المبلغ المذكور، فعجز عن إثبات الإبراء بالبينة، وحلف المدعي على عدم الإبراء، فإن المدعي يستحق ما ادعى به من غير تكليفه ببينة أخرى،

---

(١) قرة عيون الأخيار: جـ٢ ص٤٦٠.
(٢) المادة ١٦٣٢ من مجلة الأحكام العدلية، مباحث المرافعات: ص٤٩، ٥٠، أصول استماع الدعوى: ص١٨٥، كتاب القضاء- ضياء الدين العراقي: ص٨٣، كشاف القناع: جـ٤ ص٢٠١.
(٣) المنهاج وشرحه للمحلي وحاشية قليوبي: جـ٤ ص٣٣٧، مباحث المرافعات: ص٥٠.
(٤) المنهاج وشرحه للمحلي: جـ٤ ص٣٣٧.
(٥) المرجع السابق، كشاف القناع: جـ٤ ص٢٠١، المرافعات الشرعية- السبكي: ص٤٨.

لأن المدعى عليه قد أقرّ بدفعه أنه كان مديناً بالمبلغ المدعى لخصمه، والأصل بقاء اشتغال ذمته إلى أن يثبت العكس، وهذا لم يثبت، فيحكم للمدعي بالدين الذي يطالب به[1]. ومثاله أيضاً: إذا ادعى شخص أن آخر اشترى منه بمبلغ معين، فدفع المدعى عليه إقالة هذا البيع، وعجز عن إثبات دفعه هذا، وحلف المدعي علىعدم صحة الدفع، ثبتت دعوى المدعي بإقرار خصمه المفهوم من دفعه[2].

هذا بالنسبة لدعاوي الدين، وقد يتصور حصول ذلك في دعاوي العين أيضاً، وذلك كما لو ادعى شخص على آخر بمكلية عين في يده، فدفع ذو اليد ببيعها له أو هبتها أو نحو ذلك،ولم يستطع إثباته، وحلف المدعي على عدم البيع أو الهبة استحق العين المدعاة بسبق إقرار المدعى عليه الذي تضمنه دفعه، والأصل عدم البيع حتى يثبت خلافه، ولم يثبت.

ب- وقد لا يكون الدفع متضمناً إقرار الدافع بالحق المدعى به، وذلك كما لو دفع المدعى عليه بأن المدعي كان قد أبرأه من الدعوى بهذا الحق أو من الخصومة به، فإنه لو عجز عن إثبات ذلك وحلف المدعي على عدمه لم يعتبر ذلك منه إقراراً بالحق المدعى، ولا يحكم به للمدعي إلا بالإثبات منه أو بالنكول من الخصم ومثل ذلك ما لو دفع بأن المدعي أقرّ بأن ليس عنده حق مطلقاً، وعجز عن الإثبات لم يكن هذا إقراراً بأصل الدعوى.

هذا ولم يذكر الفقهاء ضابطاً يحددون به ما يتضمن إقراراً من الدفوع، وما لا يتضمن ذلك، ولكننا نرى جميع صور دفع الخصومة التي ذكروها لا تتضمن إقراراً بالحق المدعى، وغير هذه الدفوع كثير منه يستفاد منه الإقرار بالحق المدعى به، وبعضه لا يستفاد منه ذلك.

تلك الأحكام التي ذكرناها يخضع لها الدفع بنوعيه، دفع الخصومة ودفع الدعوى نفسها، إلا أن الفقهاء ذكروا آثاراً وأحكاماً خاصة بدفع الخصومة يعود كثير منها إلى أن هذا الدفع له تعلق بشخص آخر ثالث غير المتداعيين. ونقصد بدفع الخصومة في هذا المقام تلك الصورة

---

(١) كشاف القناع: جـ٤ ص٢٠١، أدب القضاء- ابن أبي الدم: ق٢٩ أ، أصول استماع الدعوى: ص١٨٦.

(٢) أصول استماع الدعوى: ص١٨٩.

التي اقتصر الفقهاء على ذكرها. وهو دفع المدعي عليه في دعوى العين بأن يده على العين المدعاة ليست يد خصومة، لأنها ليست له، وإنما هي لشخص آخر بعينه، ولا نرى في هذا المقام أجمع مما ذكره القاضي الشافعي ابن أبي الدم في "أدب القضاء" حيث جاء فيه:

(إذا ادعى شخص ملكاً في يد إنسان، **فقال المدعى عليه ليس هو لي ولا لك ففي ذلك أحوال مختلفة:**

الحالة الأولى: أن يضيف العين المدعاة إلى شخص ثالث حاضر، فيرجع إليه فإن صدقه سلمت العين إلى ذلك الشخص، وانصرفت الخصومة، وإن كذبه ففيه ثلاثة وجوه: أصحها أن القاضي يحفظ العين إلى ظهور حجة مدعيها. وأضعفها أنها تسلم إلى المدعي. ووجه ثالث أنا تترك في يد ذي اليد.

ثم إذا رجع بعد تكذيب المقر له وقال: غلطت، هل يقبل؟ ففيه وجهان قبل إزالة يده، ولا يقبل قوله بعد إزالة سلطته، ولو رجع أيضاً المقر له بعد أن كذب فيه وجهان.

ثم إذا سلمت العين المقر بها إلى الحاضر المقر له، فهل للمدعي تحليف المقر؟ إن قلنا أنه يغرم بسبب أنه حال بين المدعي والعين التي في يده بإقراره لثالث فله تحليفه، وإن قلنا لا يغرم لم يحلفه، فإن قلنا يحلفه، فلو حلفه فنكل وردت اليمين على المدعي، وقلنا إن يمين الرد بمنزلة البينة..... فالصحيح أن المدعى عليه يغرم قيمة العين المدعاة للمدعي.

الحالة الثانية: إذا أضاف العين المدعاة إلى غائب، فتصرف الخصومة إلى الغائب ثم هل يحلف المدعى عليه أنه لا يلزمه تسليم العين للمدعي؟ قال العراقيون: لا يحلفه لأجل الغرم.... وقال الفوراني[1] بل يحلف لينتزع العين من يده باليمين المردودة أن نكل، إذ لو فتح هذا الباب صار ذريعة إلى إسقاط الدعوى بالإضافة إلى الغائب الذي يتعذر رجوعه، ثم متى

---

(١) لعله عبد الرحمن بن محمّد بن أحمد بن فوران الفوراني، وهو الإمام الكبير أبو القاسم المروزي، وله من التصانيف "الابانة" و"العمد" وغيرهما، كان إماماً حافظاً للمذهب الشافعي، توفي بمرو سنة ٤٦١هـ – طبقات الشافعية الكبرى: جـ٥ ص١٠٩، ١١٠، طبع عيسى الحلبي سنة١٣٨٦هـ.

رجع الغائب ردت العين إليه، وعلى المدعي استئناف الخصومة معه، ويتفرع على هذه المسألة أن المدعي في هذه الحالة إن أقام بينة على أن العين ملكه سلمت إليه قولاً واحداً، ولكن هل هو قضاء على الغائب فيحتاج إلى يمين أو هو قضاء على الحاضر المضيف العين إلى الغائب فلا يحتاج إلى يمين المدعي؟ قال العراقيون: هو قضاء على الغائب فلا بد من يمين، وعند الفوراني: هو قضاء على الحاضر فلا يحتاج إلى يمين.... .

الحالة الثالثة: إذا قال: هذه العين لرجل لا أسميه، المذهب أن الخصومة لا تنصرف عنه بذلك بل يحلف، فإن نكل حلف المدعي وأخذها، وقيل: يأخذ القاضي العين ويودعها إلى أن تظهر حجته.

الحالة الرابعة: أن يقول: هي وقف على ولدي أو على الفقراء، انصرفت الخصومة عنه إليهم، و لم يلق على المقر إلا التحليف للتغريم)[١].

وقد ورد ما هو قريب من هذا في كثير من كتب الشافعية[٢].

هذا الذي نقلناه هو مذهب الشافعية من فقهاء المسلمين. وأقرب المذاهب إليهم هو ما ورد عند الإمامية من الشيعة، فقد قالوا: إذا ادعى أحد شيئاً في يد آخر فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمة حاضراً كان المقر له أو غائباً، ولا يشترط أن يقيم على ذلك بينة. ولكن إن قال المدعي: أحلفوه أنه لا يعلم أنها لي توجهت اليمين عليه، فإن لهذه اليمين فائدة، وهي وجوب الغرم عليه لو امتنع عنها لحيلولته بين المالك وماله بإقراره[٣].

---

(١) عن مخطوط أدب القضاء لابن أبي الدم: ق٥٠ أ ببعض التصرف.

(٢) انظر مغني المحتاج: جـ٢ ص٤٧٠، ٤٧١ الوجيز في فقه الشافعي: جـ٢ ص٢٦٤، تحفة المحتاج شرح المنهاج: جـ١٠ ص٣٠٩، والديباج المذهب: ق٤٠ أ، وشرح المنهاج للمحلي: جـ٤ ص٣٣٩، وعماد الرضا ببيان أدب القضا: ق١١ أ.

(٣) جواهر الكلام: جـ٦ ص٣٩٥، شرائع الإسلام: جـ٢ ص٢٢٥.

وأما المالكية فقد ميزوا بين حالتين:

الأولى: أن يدفع المدعى عليه بأن العين ليست له، وإنما هي لغيره، ولكنه لا يثبت ذلك ببينة، فيقال في هذه الحال للمدعي: أقم البينة أنه لك، فإن هذا لا ينازعك[1].

الثانية: أن يقيم المدعى عليه البينة على الدفع الذي أبداه، فإن فعل فإن الخصومة تقف على حضور من يثبت له الولاية[2].

هذا بالنسبة للحال التي تضاف الدعوى فيها إلى حاضر، فإن أضيفت إلى غائب لم تنصرف الخصومة عن المدعى عليه إلا إذا أثبت دفعه، وذلك أنه يتهم أن يكون أراد صرف الخصومة عن نفسه إلى الغائب[3].

وهم يقولون أيضاً بأن للمدعي أن يحلف المدعى عليه، لأنه أتلف عليه ملكه بإقراره فإن نكل حلف المدعي وأخذ قيمة المقر به من المقر[4].

والحنفية لا يرون على المدعى عليه يميناً يحلف فيها على أنه يلزمه تسليم العين التي في يده للمدعي، وذلك إذا أثبت أن يده ليست يد خصومة، وإنما يد حفظ بإجارة أو إعارة أو رهن ونحو ذلك، فإن لم يثبت ذلك لم تندفع عنه الخصومة واعتبر دفعه مردوداً[5].

ويرجع الخلاف -كما نعتقد- بين الحنفية وغيرهم في عدم تكليف المدعى عليه بيمين على أنه لا يلزمه تسليم العين المدعاة إلا أن الحنفية تشددوا معه في بداية الأمر حيث اشترطوا عليه إن أراد دفع الخصومة عن نفسه أن يثبت أن يده على العين هي يد مستعير أو مستأجر أو مرتهن ونحو ذلك، وأنها ليست يد ملك، فلما طلبوا منه البينة في البداية أعفوه

(١) الطريقة المرضية: ص٣٩.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق.
(٤) المرجع السابق.
(٥) قرة عيون الأخيار: جـ٢ ص٤٦٠.

من اليمين التي قال بها غيرهم في النهاية. وأما الآخرون فقد تساهلوا في البداية حيث قالوا بدفع الخصومة عن المدعى عليه بمجرد إقراره بالعين لغيره حتى ولو لم يقم على ذلك بينة، ثم لما خافوا أن يكون في هذا ذريعة لإسقاط الدعاوي جعلوا للمدعي الحق في طلب اليمين من المدعى عليه الدافع للخصومة على أنه لا يلزمه تسليم العين المدعاة للمدعي أو على أنه لا يعلم أنها ملكه. ونرى أن الفقه الحنفي في هذه المسألة أكثر انسجاماً: وذلك لأن دفع الخصومة يقتضي دفع كل ما يتعلق بها من يمين وغيره، فالقول به وتكليف المدعى عليه بحلف يمين لا ينسجمان. وإذا كان لا بدّ من سد تلك الذريعة التي أشاروا إليها فإن طلب البينة على الدفع من المدعى عليه كفيل بذلك، وهذا هو ما تمسك به الحنفية.

أثر الدفع في التشريعات الإجرائية الحديثة:

يترتب على قبول الدفع في التشريعات الإجرائية آثار تختلف باختلاف أنواعه:

١- أثر الدفع الموضوعي- يترتب على الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، فيخسر المدعي دعواه خسراناً نهائياً لا يستطيع معه أن يرفع دعوى جديدة، وذلك لأن قوة الشيء المحكوم به تحول بينه وبين رفع دعوى جديدة، بالموضوع نفسه الذي سبق البت فيه نهائياً من قبل القضاء[1].

٢- اثر الدفع الشكلي- وأما الدفع الشكلي فالحكم الصادر بقبوله لا يمس أصل الحق المدعى به، ولا يترتب عليه إنهاء النزاع، وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة، ولكن لا يؤدي إلى ضياع حق المدعي، وكل النتيجة أنه قد يضطر إلى تأخير دعواه أو تجديدها، وتارة يمكنه تجديدها حالاً، وتارة يجب عليه انتظار مدة معلومة أو إجراء أعمال مخصوصة، ولكن حقه لا يضيع لمجرد رفض الطلب الأول نتيجة لقبول الدفع، اللهمّ إلا إذا كان حقه على وشك السقوط بمضي المدة قبل أن يمكنه رفع دعوى جديدة فيكون السبب في

---

(١) المرافعات المدنية- أبو هيف: ص٢٨٥، نظرية الدفوع: ص٢٠.

سقوط حقه تقادمه، لا الحكم بالدفع الشكلي[1]. ومع ذلك فإن المشرع قد رتب على الدعوى المدفوعة بعدم الاختصاص قطع مدة التقادم السارية لمصلحة المدعى عليه، فالتقادم يقطع برفع الدعوى ولو حكم فيها بعدم اختصاص المحكمة[2].

هذا وإن بعض الدفوع الشكلية لا يترتب عليها انقضاء الخصومة من أولها وإنما بطلان عمل من أعمالها، وهذه هي الدفوع ببطلان إجراء من إجراءات الخصومة حيث يترتب على الحكم بها ببطلان الإجراء الذي وجه إليه الدفع، واعتباره كأن لم يكن، فيسقط ويسقط معه جميع الإجراءات المتأخرة عنه، والآثار القانونية المترتبة عليه، ولكنه لا يؤثر فيما تقدم عليه من الإجراءات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، كما أنه لا يؤثر على الإجراءات التالية له إذا كان لها كيان مستقل و لم تكن مترتبة عليه[3].

٣- أثر الدفع بعدم قبول الدعوى: يترتب على الحكم بعد قبول الدعوى زوال إجراءات الخصومة وزوال سائر الآثار القانونية المترتبة على قيامها، كقطع مدة التقادم[4].

(١) انظر المرجعين السابقين، أصول المرافعات: ص٥٦٥.
(٢) انظر المادة ٣٨٣ من القانون المدني المصري.
(٣) راجع المادة ١٥٩ من القانون الايطالي، وهي تنص على أن بطلان الإجراء لا يبطل الإجراء المتقدم عليه ولا يبطل الإجراء اللاحق له إلا إذا كان معتمداً عليه- عن كتاب نظرية الدفوع: ص٣١٥.
(٤) نظرية الدفوع: ص٨٣٥.



الخاتمة

إنتهاء الدعوى

إن ماتقدم ذكره في الفصول السابقة من أقوال وأفعال يقوم بها القاضي والخصوم وغيرهم ليس سوى طريق يسلكه هؤلاء من أجل الوصول إلى حسم الخصومة وإنهاء التنازع، وذلك بالحكم الذي يصدره القاضي، فيلزم به الطرفين وينفذه عليهما.

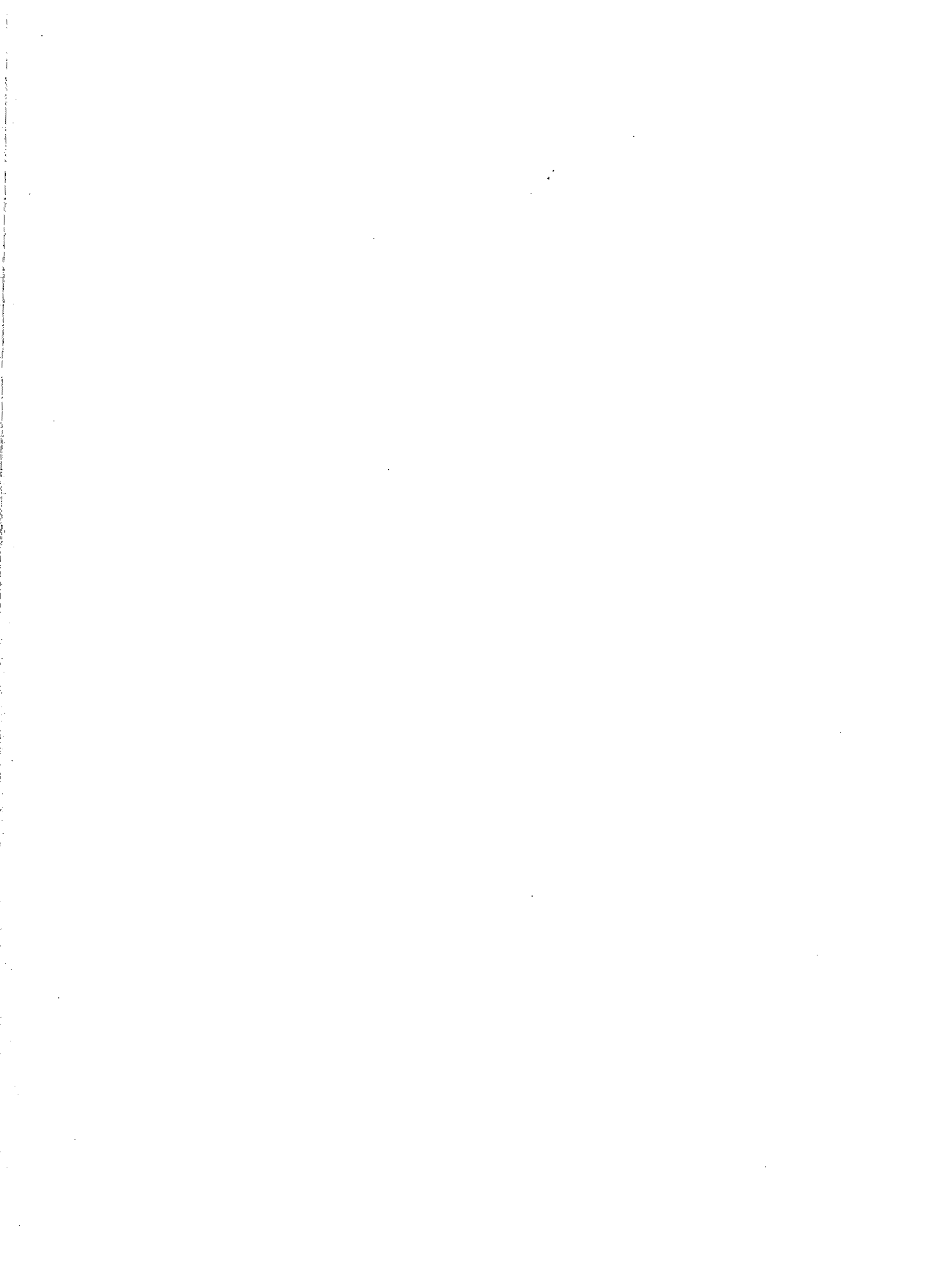
تلك هي النهاية الطبيعية لكل دعوى، ولكن قد تنتهي الخصومة في بعض الأحيان قبل أن يصدر القاضي حكماً في القضية، وذلك بعارض من العوارض التي قد تعود إلى إرادة الخصوم، كتنازل المدعي عن دعواه، أو بأمر من الأمور التي لا دخل لإرادة الخصوم فيها، كموت الطفل المتنازع على حضانته ونحو ذلك، ولذلك سنختتم هذه الرسالة بفصلين:

الفصل الأول:

في الحكم.

الفصل الثاني:

في العوارض التي تنهي الخصومة قبل صدور حكم فيها.



الفصل الأول



سيتضمن هذا الفصل عدة مباحث هي:

المبحث الأول:

في تعريف الحكم.

المبحث الثاني:

في شروط الحكم.

المبحث الثالث:

فيما يكون حكماً وما لا يكون.

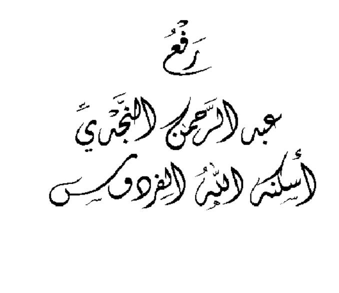
المبحث الرابع:

في أنواع الحكم.

المبحث الخامس:

في أثر الحكم.





المبحث الأول
في
تعريف الحكم

الحكم في اللغة "بضم الحاء" هو القضاء، وبالفتح هو المنع[1]، ولذلك قيل: سمي القاضي حاكماً لأنه يمنع الظالم من ظلمه[2].

وأما في الاصطلاح فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه (فصل الخصومة)[3] وعرفه واضعو مجلة الأحكام العدلية بما هو قريب من هذا[4]. وسوف يتضح بعد بيان شروطه وأنواعه أن أجمع تعريف له وأمنعه أن يقال بأنه: (فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام).

فالقول بأنه "فصل الخصومة" بيان لحقيقة الحكم، فهو عبارة عن الحل الذي يقع في نفس القاضي للنزاع القائم أمامه، بناءً على تطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع المعروضة عليه، فهو- كما يقول القرافي- أمر نفساني، أي قائم بالنفس، وليس أمراً لسانياً[5]، وإنما اللسان وسيلة للتعبير عنه، فتارة يخبر عنه بالقول، وتارة بالفعل وتارة بالإشارة، فهذه الأمور دالة على الحكم، وقد تضمنها التعريف كما هو ظاهر فقلنا (بقول أو فعل) لبيان الوسائل الدالة على الحكم، وقد ذكرها القرافي في فصل خاص فقال: (اعلم أنه كما يدل القول على الحكم

---

(١) انظر القاموس المحيط- مادة حكم.

(٢) كشاف القناع: جـ٤ ص٣٦٦.

(٣) كفاية الطالب الرباني: جـ٢ ص٢٩٣، كشاف القناع: جـ٤ ص٢٦٦.

(٤) انظر المادة ١٧٨٦ من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) الأحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: ص٨.

في قول الحاكم: أشهدكم أني حكمت بكذا، فكذلك الفعل يدل على الحكم أيضاً، وكذلك لو سئل: هل حكمت بكذا فأشار برأسه أو غير ذلك مما يدلُّ ويفهم منه أنه حكم به، وكذلك لو كتب الحكم بيده وقال: اشهدوا علي بمضمونه، فكل ذلك يدلُّ على صدور الحكم، وسبب ذلك أن حكم الحاكم أمر نفساني لا لساني...)[1].

والقول بأنه "يصدر عن القاضي: يقصد به إخراج كل ما يصدر عن غيره ممن ليس لهم ولاية القضاء، لأن الأحكام يختص بها القضاة، ويلحق بهم نوابهم وولاة الأمور ومن يعطون هذه الولاية، وهذا معنى ما جاء في التعريف (ومن في حكمه).

والقول بأنه (بطريق الإلزام) يقصد به إخراج ما يفعله القاضي مما يؤدي إلى فصل الخصومة، ولكن على سبيل الإلزام، وذلك كما في سعيه من أجل المصالحة بين المتنازعين، فإن هذا الفعل، وإن كان يؤدي إلى حسم النزاع، إلا أنه لا يكون على سبيل الإلزام، فإن قيل: إن ما يترتب على الصلح من حقوق وواجبات يكون لازماً لكلا الطرفين، فالجواب هو أن مصدر الإلزام في هذا إنما هو العقد أي ارتباط الإرادتين، وهذا محترم وملزم كما هو معلوم.

تعريف الحكم في الفقه الوضعي:

وأما الحكم في النظم الوضعية -وعند شراحها- فيقصد به كل إقرار تصدره المحكمة متعلقاً بالدعوى المرفوعة إليها، ولذلك عرفه بعضهم بأنه: القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة رُفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواءً أكان صادراً في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعه عنه[2].

وهكذا فإن الحكم عندهم لا يشترط فيه أن يقطع الخصومة ويحسم النزاع، فقد يكون كذلك إذا صدر في موضوع الخصومة، وقد لا ينهى النزاع حينما يتناول مسألة فرعية من

---

(١) عن كتاب تبصرة الحكام لابن فرحون: جـ١ ص١١٧، وذكر القرافي مثل ذلك في كتابه "الأحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام" ص٨.

(٢) المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا: ص٧٥١، الطبعة التاسعة.

مسائل القضية، كالحكم الذي يأمر بإجراء وقتي كتعيين حارس قضائي على العين المتنازع عليها، وكالحكم الذي يصدر بصدد تنظيم السير في الخصومة أمام المحكمة كوقفها إلى أن يفصل في مسألة أولية من اختصاص محكمة أخرى، ونحو ذلك[1].

وهذا المفهوم للحكم أشمل مما سبق ذكره في الفقه الإسلامي، حيث لا يعتبر حكماً فيه إلا ما يصدر عن القاضي مما يحسم ويفصل الخصومة من الناحية الموضوعية، وبناء على هذا الاختلاف في مفهوم الحكم بين الفقهين كان اختلاف بينهما في تنوع الاحكام فبينما لا نجد في الفقه الإسلامي غير نوع واحد من الأحكام بالنظر إلى قطعية الحكم وعدمها، نجد خلاف ذلك في الفقه الوضعي، وفي مبحث قريب سوف نفصل أنواع الحكم إن شاء اللّه تعالى.

ويلاحظ في تعريف الحكم عند علماء المرافعات أنه لا يتناول حقيقة الحكم في ذاته، وإنما يتناول وسيلة التعبير عنه، وهي القرارات الصادرة عن المحكمة، مع أنهم يصرحون بأن الحكم في حقيقته ينطوي على عنصرين متلازمين هما: عنصر التقرير، وعنصر الإلزام، وذلك أن الحكم-وهو أهم الأعمال القضائية- ينطوي باديء بدء على عملية ذهنية تنحصر في التعرف على الوقائع وتطبيق حكم القانون عليها للوصول إلى نتيجة منطقية هي تقرير الحق وإسناده لصاحبه، وهذه عملية لا تتدخل فيها إرادة القاضي، وإنما تكون محكومة بالمنطق وبقاعدة القانون، وبالوقائع التي تثبت لديه، وإنما تبدأ إرادة القاضي في الظهور بعد كشف الحقيقة إذ يقرن تقريراته بأمر أو نهي، وهو عنصر الإلزام، فلا يكتمل حكم القاضي إلا إذا اشتمل على هذا العنصر[2].

وهذا التحليل لمفهوم الحكم تبناه العلامة الفرنسي (ديجي) والعلامة (جيز)- بالرغم من أنه يوافق مبدئياً على رأي «ديجي» -يعتقد بأن الحكم- بمعناه الدقيق- قاصر على عنصر تقرير الحق، ويضيف إلى ذلك بأن الحكم هو تقرير مزود بقوة الحقيقة القانونية[3].

---

(١)المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا: ص٧٥١، الطبعة التاسعة.

(٢) انظر مذكرات الدكتور عبد الباسط جميعي في سلطة القاضي الولائية: ص٤٣.

(٣) المرجع السابق.

المبحث الثاني
في
شروط الحكم

يشترط لصحة الحكم في الفقه الإسلامي ما يلي:

أولاً: أن تتقدمه خصومة ودعوى صحيحة[1]، وهذا شرط في صحة الأحكام الصادرة في حقوق العباد، فلا يجوز للقاضي أن يصدر حكماً بحق من هذه الحقوق من غير أن يتقدم صاحب الشأن بالمطالبة به عن طريق الدعوى الشرعية، فإن فعل كان حكمه باطلاً لا ينتج أثره، ولكنه ليس شرطاً فيما يصدره القاضي من أحكام تتعلق بحقوق الله، حيث إن تحصيلها واجب على كل مسلم قاضياً كان أو غيره: غير أن بعض الفقهاء **استثنوا من شرط سبق الدعوى بعض أنواع من الأحكام وهي:**

١- **الحكم الفعلي**: وذلك كما لو زوج القاضي الصغير الذي لا ولي له، وكذلك شراؤه وبيعه مال اليتيم، وقسمته للعقار، وغير ذلك مما هو في هذا المعنى، فهذه الأحكام لا يشترط سبق الدعوى لصحتها، وهذا عند الذين يقولون بأن فعل القاضي من أمثال ما ذكر يكون حكماً، ولكن كثيراً من الفقهاء لا يرونها أحكاماً[2]، وللمالكية تفصيل في هذه المسألة سيأتي ذكره فيما بعد.

---

(١) حاشية ابن عابدين: جـ٥ ص٤٢٤، الأصول القضائية: ص٢٩٧، الماده ١٨٢٩ من مجلة الأحكام العدلية، الأعلام والاهتمام: ص٣٧٣.

(٢)حاشية ابن عابدين: جـ٥ ص٤٢٤، اللآلىء الدرية في الفوائد الخيرية على جامع الفصولين: جـ١ ص٢٠.

٢- الحكم الضمني: وذلك كما إذا شهد الشهود على خصم بحق وذكروا اسمه واسم أبيه، وقضى القاضي بعد ذلك بالحق كان هذا قضاء بنسبه ضمناً، وإن لم يكن في حادثة النسب، هذا إذا كان المشهود عليه غائباً غير مشار إليه[١] وذلك لأنه حيث أخذ القاضي بقولهم في تعريف المشهود عليه بنسبه وحكم عليه كان حاكماً بنسبه ضمناً ولكن المحكوم به في هذه الحالة ليس مطلوباً من أحد، ولا وقعت الخصومة من أجله، وإنما جاء ضمن الحكم الذي رفعت من أجله الدعوى وقامت الخصومة[٢].

وإلى مثل ما تقدم من اشتراط سبق الدعوى ذهبت النظم الوضعية وشراحها، فلا يصح حكم لم تسبقه دعوى وطلب مقدم من صاحب الشأن وهم يقابلون دائماً بين الطلبات المقدمة من قبل المدعي والحكم الصادر في الدعوى ويجعلون هذه المقابلة حتمية، فلا يكون حكم إذا لم يتناول طلباً[٣] وأنهم وإن كانوا يطلقون اسم الحكم على الأوامر والقرارات التي تصدر عن القضاء بناءً على وظيفته الولائية من غير تقدم دعوى عليها إلاأنهم يصرحون بأن في هذا الإطلاق تساهلاً، وإنما الحكم في معناه الخاص ما تقدمه طلب من المدعي[٤].

ثانياً: ويشترط أن يكون الحكم بصيغة تدل علىالإلزام، وذلك أن الحكم-كما سبق ذكره[٥] - هو فصل الخصومة وحسم النزاع، ولا يكون كذلك إن لم يكن ملزماً[٦]، ولكن

---

(١) فلو كان مشاراً إليه لا يثبت نسبه، لأن ذكر النسب وعدمه عند الإشارة سواء، إذ التعريف عند الإشارة يكون بها لا بسواها، فيكون حكم القاضي بمقتضاها لا بمقتضى غيرها.

(٢) حاشية ابن عابدين: جـ٥ ص٤٢٤، اللآلِيء الدرية على جامع الفصولين: جـ١ ص٢٠. الأصول القضائية: ص٢٩٧

(٣) أصول المرافعات - أحمد مسلم: ص٦٧٦، طبعة سنة ١٩٦٨م، شرح قانون المرافعات العراقي-ضياء شيت خطاب: ص٣٣٩.

(٤)المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا: ص٧٥٢، الطبعة التاسعة، أصول المرافعات - أحمد مسلم: ص٦٧٦، طبعة سنة ١٩٦٨م.

(٥) أنظر ص٦٤٣

(٦) جامع الفصولين: جـ١ ص٢٠، شرح الخرشي: جـ٧ ص١٦٧، الأعلام والاهتمام: ص٣٧٣، مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ .

معظم الفقهاء ذهبوا إلى أنه لا يشترط لفظ مخصوص في الحكم[1]، فكل لفظ دلّ على الإلزام بالحق كان حكماً، إلا أنهم اختلفوا في بعض الصيغ التي تصدر عن القاضي هل تتضمن معنى الإلزام أم لا؟ وأهم هذه الصيغ قول القاضي: ثبت عندي أن لهذا على هذا كذا وكذا وما في معناه كقوله: ظهر عندي أو صح عندي، أو كأن يقول: علمت، **فقد اختلفوا في هذه الصيغ على النحو التالي:**

١- ذهب كثير من الحنفية، والمالكية والشافعية في قولين ضعيفين عندهما إلى أنها حكم[2]، وأنها تفيد الإلزام كغيرها من الصيغ المتفق عليها، إلا أنهم قالوا: الأولى في هذه الحالة أن يبين القاضي إن كان الثبوت الذي حكم به بالبينة (شهادة الشهود) أو بالإقرار، لأن حكم القاضي بالبينة يخالف الحكم بالإقرار[3]، إذ الإقرار يوجب ثبوت الحق بنفسه، ولو لم يتبعه حكم، بخلاف البينة. ويمكن أن يستدل لهذا المذهب بأن ثبوت الشيء لدى القاضي يستلزم الحكم بما ثبت عنده، فالثبوت لدى القاضي وإن لم يكن حكماً في ذاته إلا أنه يستلزمه، والقضاء بالشيء حكم بما يلزم فيه.

٢- وذهب المالكية والشافعية في قولين راجحين عندهما إلى أن قول القاضي "ثبت عندي" ونحوه لا يعتبر حكماً [4]واحتج هؤلاء بأن الثبوت مغاير للحكم لما يلي:

أ- لأن الثبوت يوجد في العبادات والمواطن التي لا حكم فيها، فيثبت عند الحاكم هلال رمضان، ويثبت عنده التحريم بين الزوجين بسبب الرضاع، وليس ذلك حكماً، فإذا وجد

---

(١) شرح الخرشي: جـ٧ ص١٦٧، وقد ذهب القاضي شمس الإسلام الاوزجندي من الحنفية إلى أنه لا بدّ أن يقول القاضي في الحكم: قضيت أو حكمت أو أنفذت عليك القضاء - انظر لسان الحكام لابن الشحنة: ص٩ والفتاوي الانقروية: جـ١ ص٣٤٥.

(٢) جامع الفصولين: جـ١ ص٢٠، الفتاوي الانقروية: جـ١ ص٣٤٥، لسان الحكام: ص٩، تبصرة الحكام: جـ١ص١١٤، الأعلام والاهتمام: ص٣٧٣.

(٣) الفتاوي الانقروية: جـ١ ص٣٤٥، لسان الحكام لابن الشحنة: ص٩.

(٤) تبصرة الحكام: جـ١ ص١١٤، الأعلام والاهتمام: ص٣٧٠، ٣٧٣، مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

الثبوت بدون الحكم كان أعمّ منه، والأعم من الشيء مغاير له بالضرورة.

ب- ثم إن الحكم في حقيقته مغاير للثبوت، حيث إن هذا الأخير عبارة عن قيام الحجة على وجود السبب الشرعي بينما الحكم شيء آخر غير ذلك.

فإذا ثبت التغاير بينهما ثبت أن قول القاضي (ثبت عندي كذا) ونحوه ليس حكماً[1].

٣- وذهب رأي ثالث تبناه جماعة من علماء المالكية إلى وجوب التمييز بين نوعين من الثبوت:

الأول: أن تقوم الحجة على وجود سبب الحكم، ولكن بقي عند الحاكم ريبة أو بقي عليه أن يسأل الخصم: هل له مطعن أو معارض ونحو ذلك فلا يكون هذا حكماً.

الثاني: أن تقوم الحجة على سبب الحكم مع انتفاء ريبة الحاكم فيها، وحصول الشروط جميعها، فهذا هو الثبوت الذي يستلزم حكماً،ويكون الحكم في هذه الحالة من لوازم الثبوت، والحكم بالشيء حكم بلوازمه وموجباته[2].

والظاهر أن الخلاف المتقدم ليس محله النوع الأول من الثبوت الذي ذكره هذا الفريق الثالث، وإنما هوالثبوت الكامل، وهذا لا يحصل مع وجود الريبة، أو قبل سؤال المحكوم عليه عن عذره ومطعنه. ويظهر أيضاً أن الذين قالوا بأن الثبوت حكم أقرب إلى الصواب من الآخرين، وذلك لأن القضايا التي قدتعرض علىالقاضي للبت فيها لا تخلو من إحدى حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون في القضية متنازعان مدعٍ ومدعىعليه، فتقوم الحجة الشرعية علىالدعوى، فيقضي الحاكم بثبوت الحق المدعى، ولم يكن هنالك مانع من الحكم فإذا صرح القاضي في هذه الحالة بثبوت الحق المدعى كان هذا التصريح مستلزماً للحكم بالحق المدعى به للمدعي، لأن الفقهاء صرحوا بأن الحكم واجب علىالقاضي إذا أقيمت البينة الشرعية،

---

(١) انظر: تبصرة الحكام: جـ١ ص١١٤،١١٥.

(٢) الأحكام في تميز الفتاوي عن الأحكام: ص٣٧،٣٨، تبصرة الحكام: جـ١ ص١١٤.

وأنه يأثم بتأخيره أو الاستنكاف عنه، بل قالوا بتكفيره إذا اعتقد عدم وجوب ذلك على نفسه[1].

الحالة الثانية: أن تكون القضية مقتصرة على طلب تسجيل البينة الشرعية وحفظها خوفاً من ضياعها، فإذا سمعها القاضي وصرح بعد ذلك بثبوت الحق المدعى به ، فإن هذا التصريح يكون حكماً، لأنه قضاء بما طلبه صاحب الشأن من تسجيل للبينة وحفظها، وقد تقدم في الباب الأول أن كثيراً من الفقهاء قالوا بصحة الدعاوي التي لا يقصد منها سوى حفظ الدليل إلى وقت الحاجة إليه.

وبهذا يتبين رجحان القول بأن تصريح القاضي بثبوت الحق يعتبر حكماً.

ثالثاً- ويشترط في الحكم أن يكون واضحاً، فلا بد فيه من تعيين ما يحكم به، ومن يحكم له بصورة واضحة[2]، وذلك لأن الحكم -كما علم من تعريفه- فصل الخصومة وحسم النزاع وهو لا يكون كذلك إذا كان مبهماً، حيث إنه إن كان كذلك لم يمكن تنفيذه ولم يكن رافعاً للخلاف بين المتنازعين[3].

رابعاً- ويشترط في الحكم أيضاً أن يصدر من قبل القاضي في حضرة الخصوم، وقد ذكر هذا الشرط بصراحة في مجلة الأحكام العدلية[4]، وقد علم مما تقدم في فصل (حضور الخصوم وغيابهم) من الباب الثاني أن الحنفية لا يجيزون القضاء على الغائب من غير ضرورة أو مصلحة، فيكون من الطبيعي أن يشترطوا في حكم القاضي أن يكون بحضور المحكوم عليه، وهم كذلك لا يجيزون القضاء للغائب إلا بصورة ضمنية، وبذلك يكون من شروط صحة الحكم عندهم أن يكون بحضرة المحكوم له أو وكيله، اللهم إلا إذا كان الحكم تبعياً أو ضمنياً فلا يشترط فيه ذلك. ولا يستثنى من هذا الشرط عندهم إلا الحالات التي أجازوا فيها القضاء

---

(١) جامع الفصولين وحاشية اللآلىء الدرية: جـ١ ص١٦.

(٢) انظر: تبصرة الحكام: جـ١ ص١١٠، ومغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٤ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ .

(٣) تبصرة الحكام: جـ١ ص١١٠ .

(٤) المادة ١٨٣٠.

على الغائب وقد ذكرناها في الفصل الثاني من الباب الثاني.

وأما بقية المذاهب فقد تقدم أنهم يجيزون القضاء على الغائب بشروط، ولذلك فإن حضور الخصمين لا يشترط دائماً في صحة الحكم عندهم، وإنما يشترط فقط في الحالات التي لا تتحقق فيها الشروط المطلوبة لصحة القضاء على الغائب.

خامساً– وأما ذكر أسباب الحكم التي يبنى عليها، فلم يذكر الفقهاء اشتراطها، وإنما ورد في بعض الكتب الفقهية أنه يستحب للقاضي أن يبينها للمحكوم عليه، وفي ذلك يقول الإمام الشافعي ﷺ: (وأحب للقاضي إذا أراد القضاء على رجل أن يجلسه ويبين له ويقول له: احتججت عندي بكذا، وجاءت البينة عليك بكذا، واحتج خصمك بكذا، فرأيت الحكم من قبل كذا، ليكون أطيب لنفس المحكوم عليه، وأبعد من التهمة وأحرى إن كان القاضي غفل عن موضع فيه حجة أن يبينه... وإن لم يفعل جاز حكمه غير أنه ترك موضع الإعذار إلى المقضي عليه عند القضاء)[1].

وذكر بعض فقهاء الشافعية أن قاضي الضرورة (وهو الذي عين دون توفر جميع الشروط المطلوبة لصحة تولية القضاء فيه) يلزمه بيان مستنده في كل حكم يصدره، ولا يقبل قوله: حكمت بكذا من غير بيان مستنده فيه[2].

ويجدر بالذكر أن النظم الوضعية تعلق أهمية كبيرة على تسبيب الأحكام، وتجعله من شروط صحتها، وترتب البطلان على إغفالها[3].

سادسا–ويشترط المالكية في الحكم أن يسبقه إعذار[4]، وقد تقدم تفصيل الكلام فيه في الفصل الأول من الباب السابق.

---

(١) الأم: جـ٦ ص٢٢٤، طبعة مصورة عن طبعة بولاق.
(٢) فتح المعين بشرح قرة العين: ص١٣٧،١٣٨.
(٣) انظر المادة ١٧٦ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.
(٤) فتح العلي المالك: جـ٢ ص٢٩٥.

سابعاً- هذا ويشترط أخيراً في الحكم من حيث موضوعه أن لا يكون مخالفاً للكتاب أو السنّة أوالإجماع أو القياس الجلي، فإن كان مخالفاً لأحدها، وجب نقضه على القاضي الذي أصدره، وعلى غيره ممن وقع عنده[1]. وسوف نأتي علىتفصيل هذا الموضوع في مبحث (أثر الحكم) إن شاء اللّه تعالى.

شروط الحكم عند أهل القانون:

لقد جعلت النظم الوضعية لإصدار الأحكام شروطاً شكلية كثيرة تتناول جميع المراحل التي يمر بها الحكم أثناء صدوره وبعده وهي:

١- فقد اشترطت قبل النطق بالحكم أن يجري مشاورة لجميع أعضاء المحكمة الذين سمعوا المرافعة[2]، وهذا يكون في المحاكم التي تكون مشكلة من أكثر من قاض، وأما المحكمة التي تشكل من قاض واحد فلا يشترط فيها ذلك طبعاً.

وقد قرر في هذه النظم لكيفية جريان المشاورة المذكورة طريقة خاصة ينبغي اتباعها[3].

٢- ويشترط أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية، كما يشترط أن يكون القضاة الذين اشتركوا في المداولة حاضرين تلاوة الحكم، فإذا حصل لأحدهم مانع وجب أن يوقع مسودة الحكم[4].

٣- ويجب في الأحكام أن تشتمل على الأسباب التي بُنيت عليها وإلا كانت باطلة[5].

---

(١) عدة أرباب الفتاوي: ص٢٧٣، الأم: جـ٦ ص٢٠٨، طبعة مصورة عن طبعة بولاق، فتح المعين بشرح قرة العين: ص١٤٠.

(٢) انظر المادة ١٦٦ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

(٣)انظر المادة ١٦٦-١٦٩ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، وتسمى فيه هذه المشاروة بالمداولة، وتسمى في القانون العراقي بالمذاكرة، وفي التونسي بالمفاوضة- انظر شرح قانون المرافعات العراقي- ضياء شيت خطاب: ص٣٤٨.

(٤) انظر المادتين ١٧٠،١٧٤ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

(٥) المادة ١٧٦ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

ومعنى تسبيب الأحكام إيراد الحجج الواقعية والقانونية التي بُنيت عليها، وقالوا: **ومن فوائد هذا التسبيب ما يلي:**

أ- عدم تحيز القضاة، وليكون حكمهم محل احترام الخصوم جميعاً.

ب- دراسة نقاط النزاع دراسة وافية ليستخرجوا منها الحجج التي يرتبون عليها حكمهم.

جـ- تمكين الخصوم من دراسة أسباب الحكم عند الطعن فيه بالاستئناف وغيره.

د- تمكين محكمة التمييز أو الاستئناف من فرض رقابتها[١].

٤- ويشترط أيضاً في تحرير الأحكام شكليات لا بد منها ليكون الحكم صحيحاً منها: الإسراع في تحرير مسودة الحكم عقب إصداره بأوضاع وشروط خاصة[٢]، ثم تحرر بعد ذلك النسخة الأصلية للحكم في خلال فترة معينة[٣]. ومنها أن يشتمل الحكم على البيانات التالية: المحكمة التي أصدرت الحكم، وتاريخ إصداره ومادة النزاع التي فصل فيها، وهل هي مادة تجارية أو مستعجلة، ومكان إصدار الحكم، وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته، واسم عضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية إن وجد، والوقائع، وهي تشتمل على بيان أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم وأسماء وكلائهم إن وجدوا، ونص ما قدموه من طلبات أو دفاع أو دفوع، وخلاصة ما استندوا إليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية، ومراحل الدعوى ورأي النيابة.

هذا ويترتب البطلان على القصور في بيان أسباب الحكم، وعلى النقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم، وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذي أصدروا الحكم[٤].

---

(١) شرح قانون المرافعات العراقي- ضياء شيت خطاب: ص٣٥٢، ٣٥٣، المرافعات المدنية والتجارية-أبو الوفا: ص٧٨٨، الطبعة التاسعة.

(٢) انظر المادتين ١٧٧،١٧٥ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

(٣) المادة ١٧٩ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

(٤) انظر المادتين ١٧٩،١٧٨ من القانون المذكور.

المبحث الثالث
في
ما يكون حكماً وما لا يكون

ليس كل ما يصدر عن القاضي من أفعال وأقوال يعتبر حكماً لا ينقض، وإنما الحكم هو ما توفر فيه الشروط المتقدمة الذكر، وبناءً على ذلك اختلف الفقهاء فيما يلي من التصرفات هل تعتبر أحكاماً أم لا، **وهي:**

١- تصريح القاضي بثبوت شيء عنده بوسيلة من وسائل الثبوت الشرعية، وقد تقدم تفصيل الخلاف في ذلك في المبحث السابق، والثبوت قد يتناول سبباً من الأسباب الشرعية، وقد يتناول صفة يصرح القاضي بثبوتها، كثبوت العدالة عند حاكم، وكذلك الجرح وأهلية الإمامة للصلاة، وقد يتناول أسباب الأحكام الشرعية، كرؤية الهلال في رمضان وشوال وذي الحجة مما يترتب عليه وجوب الصوم ووجوب الفطر أوفعل النسك ونحو ذلك.

٢- كثير من أفعال القاضي، وذلك كالعقود التي يجريها من بيع وشراء ونحوها في أموال الأيتام والغائبين والمجانين، وكذلك النكاح الذي يجريه القاضي على من بلغ من الأيتام، وعلى من هو تحت الحجر، ومن ليس لها ولي، فهذه التصرفات وأمثالها لا تعتبر أحكاماً عند المالكية[١]، وأما الحنفية فقد ذهب معظمهم إلى أن هذه الأفعال أحكام لا يجوز نقضها إذا صدرت وفق الشروط الشرعية المقررة، وخالفهم في ذلك بعض علمائهم لأن الحكم هو ما تقدمه خصومة ودعوى صحيحة، وليس هنا دعوى ولا خصومة. غير أن الذين قالوا بأن فعل

---

(١) انظر: تبصرة الحكام: جـ١ ص٩١.

القاضي حكم استثنوا من شرط "سبق الدعوى" الحكم الفعلي فصححوه وإن لم يكن هناك دعوى ولا خصومة[1].

وذهب الحنفية إلى أن ما يقوم به القاضي من أفعال يقصد بها استخلاص الحق لصاحبه بعد قيام البينة أو غيرها من وسائل ثبوت الحق تعتبر أحكاماً، وذلك كحبس المدعى عليه بعد ثبوت الحق عليه[2]. وخالف في ذلك المالكية، فقد صرحوا بعدم اعتبار هذا الإجراء وأمثاله أحكاماً، وفي هذا يقول ابن فرحون: (ولا يعتبر حكماً تصرفات الحكام بتعاطي أسباب الاستخلاص ووصول الحقوق إلى مستحقيها من الحبس والإطلاق، وأخذ الكفلاء الأملياء وأخذ الرهون لذوي الحقوق، ونحو ذلك، فهذه التصرفات ليست حكماً لازماً، ولغير الأول من الحكام تغيير ذلك وإبطاله بالطرق الشرعية)[3].

هذا وقد يستلزم فعل القاضي الحكم ببطلان تصرف متقدم عليه، وذلك كما لو أقدم على تزويج امرأة كانت قد تزوجت زواجاً يستحق الفسخ، فإن نفس العقد عليها يستلزم الحكم بفسخ نكاحها المتقدم. والواقع أن كل تصرف يصدر عن القاضي ويستلزم إبطال تصرف آخر متقدم عليه يعتبر حكماً بذلك الإبطال، فإن ببيعه العين من رجل بعد أن بيعت من رجل آخر يعتبر حكماً منه بفسخ ذلك البيع الأول إذا كان عالماً به[4].

٣- التنفيذ: فقد اختلف الفقهاء فيه هل يعتبر حكماً أم لا؟

فذهب الحنفية إلى أن الأصل في التنفيذ أن يكون حكماً، إذ من صيغ القضاء قول القاضي: أنفذت عليك القضاء، والتنفيذ الذي يكون حكماً عندهم هو التنفيذ الشرعي، ومعناه إمضاء القضاء الأول بشروطه، وأما إذا كان المراد بالتنفيذ مجرد إحاطة القاضي الثاني

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: جـ٥ ص٤٢٣، ٤٢٤، اللآلىء الدرية على جامع الفصولين: جـ٢ ص٢٠.

(٢) الفتاوي الانقروية: جـ١ ص٣٤٥.

(٣) تبصرة الحكام: جـ١ ص٩٣.

(٤) تبصرة الحكام: جـ١ ص٩٠، ٩١.

علماً بحكم الأول على وجه التسليم له ، فلا يعتبر حكماً[1].

وأما المالكية فقد ذهبوا إلى عدم اعتبار التنفيذ حكماً، وإنما هو شيء آخر يختلف عن الحكم في حقيقته، وفي ذلك يقول ابن فرحون: (تنفيذ الحكم على قسمين: تنفيذ القاضي حكم نفسه، وتنفيذ حكم غيره، فالأول معناه الإلزام والحبس وأخذ المال بيد القوة ودفعه لمستحقه، وتخليص سائر الحقوق، وإيقاع الطلاق على من يجوز له إيقاعه عليه، ونحو ذلك، فالتنفيذ غير الثبوت والحكم، فالثبوت هو الرتبة الأولى، والحكم هو الرتبة الوسطى، والتنفيذ هو الرتبة الثالثة، وليس كل الحكام لهم قوة التنفيذ لا سيما الحاكم الضعيف القدرة على الجبابرة، فهو ينشيء الإلزام ولا يخطر له تنفيذه لتعذر ذلك عليه، فالحاكم من حيث هو حاكم ليس له إلا الإنشاء، وأما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكماً.... وبالجملة ليس في التنفيذ حكم البتة إلا أن يقول الحاكم: حكمت بما حكم به الأول وألزمت بموجبه ومقتضاه)[2].

وذهب الشافعية إلى أن تنفيذ الحكم يعتبر حكماً سواءً أكان هذا التنفيذ صادراً من قبل القاضي الذي أصدر الحكم أم كان من قبل غيره، وقالوا: إن فائدة الحكم بتنفيذ حكم آخر هو تأكيد الحكم الأول[3].

ويجدر بالذكر أن وظيفة النظر في الخصومات وإصدار الأحكام لم تكن من اختصاص القضاة فحسب، وإنما كان يقوم بها غيرهم من الحكام والولاة والأمراء والوزراء، حيث كانت ولاية القضاء إحدى الولايات التي تدخل في اختصاصهم[4]، وهم بذلك يقومون بالفصل في الخصومات إلى جانب الأعمال الإدارية الأخرى التي تندرج تحت الولايات الأخرى التي قلدوها، فهذه التصرفات الإدارية لا ينبغي أن تحشر في زمرة الأعمال القضائية

---

(١) حاشية ابن عابدين: جـ٥ ص٣٥٣، لسان الحكام: ص٩.
(٢) تبصرة الحكام: جـ١ ص١١٦.
(٣) الأعلام والاهتمام: ص٣٧٣.
(٤) تبصرة الحكام: جـ١ ص٢٠.

التي تصدر عنهم، ولا أن تعتبر أحكاماً بحال من الأحوال، ومثالها: تولية النواب ونصب الكتاب والحجاب، وكذلك اتخاذ الأحمية من الأرض المشتركة بين عامة المسلمين ترعى فيها إبل الصدقة وغيرها، فهذا ليس حكماً، ولغيره أن يبطل ذلك الحمى، ويفعل في الأرض ما تقتضيه المصلحة الشرعية، ومثلها أيضاً تأمير الأمراء على الجيوش والسرايا، وعقد الصلح بين المسلمين والكفار، وكذلك تقرير ما يستحق من زكاة أو عشر أو خراج فهذه ليست أحكاماً، وإنما هي تصرفات إدارية يجوز لغير فاعلها أن ينقضها بالطرق الشرعية لا بالتشهي والغرض[1].

فائدة التمييز بين الأحكام وغيرها:

هذا وإن أهم ما يستفاد من تمييز الأحكام عن غيرها هو أن الأولى إذا صدرت وفق الأصول الشرعية لم يجز نقضها، ووجب تنفيذها على من بيده سلطة التنفيذ سواءً أكان هو مصدرها أم كان غيره، وأما التصرفات الأخرى التي يقوم بها القضاة وغيرهم مما لا يعتبر حكماً فيجوز نقضها من قبل مصدرها وغيره بالطرق الشرعية[2].

ويترتب على ذلك أيضاً أن ما لا يعتبر حكماً لا يشترط فيه ما يشترط في الحكم من سبق الدعوى والخصومة وغير ذلك، وكذلك لا يجري فيه الخلاف الجاري في الأحكام، كالخلاف في الحكم على الغائب بين الحنفية وغيرهم[3].

ما يكون حكماً وما لا يكون حكماً عند أهل القانون:

والحال في التشريعات الإجرائية الوضعية فيه شبه كبير بماتقدم ذكره في الفقه الإسلامي، وبيان ذلك: أن هذه التشريعات جعلت للقضاة-بالإضافة إلى سلطتهم الأساسية في فصل

(١) تبصرة الحكام: جـ١ ص٩٣، ٩٤،٩٥.
(٢) تبصرة الحكام: جـ١ ص٩٣، ٩٤،٩٥.
(٣) لسان الحكام: ص٩.

الخصومات- سلطات أخرى لا يمكن اعتبارها من ضمن سلطتهم القضائية في حسم المنازعات وإصدار الأحكام، وهذه هي ما يسمى بسلطة القضاء الولائية، وبمقتضى هذه السلطة يصدر عن القضاة أوامر وقرارات لا تسمى أحكاماً إلا تجوزاً وتساهلاً لأنها لا تصدر من أجل حسم خصومة بين متنازعين، **وإنما يمكن أن ترد إلى أصول ثلاثة:**

الأول: التوثيق والتصديق: على ما يتم أمام القاضي من تصرف أو إجراء، أو على تصرف تم خارج مجلس القضاء وعرض على المحكمة لفحصه وإثبات صلاحيته ونظاميته فهذه الأعمال التي يقوم بها القضاة لاتعتبر أحكاماً.

الثاني: الإذن والأمر: وذلك حيث يكون عمل القاضي هو إزالة عائق يحول دون اتخاذ إجراء أو إبرام تصرف من قبل صاحب الشأن، فيلجأ هذا القاضي ليصرح له بذلك، أو حيث يكون عمل القاضي هو إصدار الأمر باتخاذ تدبير معين حيثما يكون ثمة سبب يقتضي ذلك، كما هو الشأن بالنسبة لأمر الحجز التحفظي أو الأمر بوضع الأختام، فهذه الأوامر والأذون لا تعتبر أحكاماً قضائية وإن صدرت عن القضاة.

الثالث: الرقابة والضبط: وذلك حيث يكون عمل القاضي هو مراقبة بعض التصرفات أو ضبط بعض المسائل، كما هو الشأن في مراقبة الأوصياء والأولياء لضمان حماية الضعفاء من ناقصي الأهلية ونحوهم[1].

وقد وضعت في الفقه الوضعي معايير لتمييز الأحكام عن غيرها من الأعمال التي تصدر عن المحاكم ولاتعتبر أحكاماً، وأهم هذه المعايير ذلك الذي نادى به "ديجي" وهو معيار ينظر إلى حقيقة الحكم وتكوينه، فالحكم (أو العمل القضائي) ينطوي على عنصرين متلازمين هما عنصر التقرير وعنصر الإلزام، والعنصر الأول عبارة عن عملية ذهنية تنحصر في التعرف على الوقائع وتطبيق حكم القانون عليها للوصول إلى نتيجة منطقية هي تقرير الحق وإسناده

---

(١) أخذنا هذا التقسيم والتأصيل عن مذكرات الدكتور عبد الباسط جميعي في سلطة القاضي الولائية: ص٢٦،٢٧.

لصاحبه، والعنصر الثاني عبارة عمّا يقترن بتلك العملية الذهنية من أمر أو نهي يصدر عن القاضي[1].

وبناءً على هذا المعيار ينظر إلى التصرف الصادر عن القاضي، فإن بان فيه هذان العنصران كان حكماً من الأحكام تترتب عليه آثاره القانونية، فإن كان هذا التصرف ناقصاً من عنصر تقرير الحق لم يكن حكماً، وإنما يكون عملاً ولائياً فقط، وإن كان ناقصاً من عنصر الإلزام لم يكن سوى مجرد رأي غير ملزم[2].

هذا وقد صرح علماء القانون بأن للتمييز بين الحكم أو العمل القضائي وغيره من تصرفات القضاة أهمية كبيرة، وهي أن الآثار المترتبة على الحكم لا تقتضيها الأعمال الأخرى التي لا تعتبر أحكاماً، وأهم هذه الآثار أن الحكم حينما يصدر وفق أصوله القانونية يتمتع بحجية الأمر المقضي، ومن ثم لا يجوز للقاضي الرجوع فيه، بينما يجوز ذلك بالنسبة للأعمال الولائية، كما يجوز الطعن فيها بدعوى البطلان الأصلية[3]، وهذه الفائدة كما هو ظاهر هي عين الفائدة التي رتبها الفقهاء على التمييز بين التصرفات المعتبرة أحكاماً وغيرها مما ليس بأحكام.

(١) المرجع السابق٤٣.
(٢) المرجع السابق: ص٤٣، ٤٤.
(٣) المرجع السابق: ص٥٥، شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤٨٢.

المبحث الرابع
في
أنواع الحكم

لقد صنف الفقهاء الأحكام إلى أنواع مختلفة من زوايا متعددة:

أولاً- من حيث كون المحكوم به صحة التصرف وموجبه:

فقد قسمه الفقهاء من هذه الناحية إلى: حكم بالصحة، وحكم بالموجب.

١- الحكم بالصحة:

وهو الحكم بصحة التصرف المتنازع عليه، ومعنى الصحة كون التصرف بحيث تترتب آثاره الشرعية عليه[1]، وهذا النوع من الأحكام-كما هو ظاهر- يرد على التصرفات عقوداً كانت أوغيرها، كالنكاح وسائر المعاملات من بيع وقرض ورهن وإجارة ومساقاة وقسمة، وشفعة وعارية ووقف ووكالة وحوالة وكفالة وغير ذلك من أبواب المعاملات.

والحكم بالصحة لم يخالف أحد في جوازه، بل إن القاضي يكون ملزما به إذا ثبت لديه شروط ذلك التصرف المقتضية لتصحيحه من ملك للشيء المتصرف فيه، وحيازته، وأهلية المتصرف، وصحة صيغة ذلك التصرف[2]، فالحكم بالصحة يدل على توفر جميع هذه الشروط، ولذلك قال المالكية: إنه أقوى أنواع الحكم إطلاقاً، والشافعية يقولون بذلك إذا

---

(١)تبصرة الحكام: جـ١ ص١٠٣.
(٢) المرجع السابق.

كان التصرف مما اختلف الفقهاء في جوازه[1].

٢- الحكم بالموجب:

والمقصود به أن يصرح القاضي بالإلزام بالآثار المترتبة علىالتصرف، وقال المالكية: إن هذا النوع من الأحكام لا يشترط فيه أن يثبت أن المتصرف مالك للشيء الذي تصرف فيه، وإنما يكتفى فيه بأن يثبت لدى القاضي أهلية المتصرف وصحة صيغة التصرف[2]، فإذا ثبت ذلك لدى القاضي كان له أن يحكم على من صدر منه بموجب ما صدر منه، وقالوا: إنما جاز الحكم بالموجب مع عدم ثبوت الملك، لأنه قد يتعسر في بعض الأحوال إثبات الملك، إلا أنه إذا تبين بعد ذلك عدم الملك وجب نقض الحكم[3].

وقال الشافعية: إن الحكم بالموجب يتوقف على ثبوت ملك المالك وحيازته وأهليته وصحة صيغته في مذهب القاضي[4]. فالظاهر أنهم يشترطون فيه ما يشترط في الحكم بالصحة.

وأما الحنفية فالذي قرره ابن عابدين[5] أن الموجب لا يصح الحكم به إذا لم يكن من مقتضيات التصرف إلا إذا وقعت بخصوصه حادثة، أي خصومة ودعوى، فإن كان من مقتضيات التصرف صح الحكم به وكان حكماً بالصحة، وبيان ذلك في عقد البيع مثلاً: أن البيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع ودخوله في ملك المشتري واستحقاق التسليم والتسلم في كل من الثمن والمثمن ونحو ذلك، فإن هذه وإن كانت من موجباته لكنها مقتضيات لازمة له، والحكم به حكم بها، وهناك ما هو من موجباته ولكنه ليس من

---

(١) مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٤، ٣٩٥ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.
(٢)تبصرة الحكام: جـ١ ص١٠٤.
(٣) تبصرة الحكام: جـ١ ص١٠٤.
(٤) مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٥، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.
(٥) هو العلامة الشيخ محمّد أمين عابدين بن عمر عابدين (١١٩٨-١٢٥٢هـ) ولد في دمشق وأخذ العلم عن علمائها، له تصانيف كثيرة مفيدة من أشهرها وأهمها الحاشية المسماة "رد المحتار علىالدر المختار شرح تنوير الأبصار" - انظر تفصيل حياته في مقدمة قرة عيون الأخيار بقلم ابنه محمّد علاء الدين أفندي.

مقتضياته اللازمة له، وذلك كثبوت الشفعة فيه للخليط أو للجار، فإن عقد البيع لا يقتضي ذلك، أي لا يستلزمه، فكم من بيع لاتطلب فيه شفعة، فهذا يسمى موجب البيع، ولا يسمى مقتضى، والحكم به لا يصح إلا إذا حدث بشأنه تنازع وترافع إلى القاضي. وهكذا فإنه إذا وقع التنازع في صحة البيع ولزومه، فحكم بموجب ذلك البيع كان حكماً بصحته وبباقي مقتضياته الشرعية التي لا تنفك عنه، ولا يكون حكماً بموجبه الذي ينفك عنه كاستحقاق الجار الأخذ بالشفعة، لعدم وقوع تنازع وترافع في ذلك[1].

مقارنة بين النوعين السابقين من الأحكام:

١- يكون الحكم بالصحة أقوى من الحكم بالموجب عند المالكية دائماً إلا في حالة واحدة، وهي ما إذا كان الحكم بالموجب مستوفياً لجميع الشروط المعتبرة في الحكم بالصحة. وذلك لوجود الإلزام فيه مع تضمنه للحكم بالصحة[2]، وفي غير هذه الحالة يظل الحكم بالصحة أقوى أنواع الأحكام عند المالكية، وذلك لأن الشروط المطلوبة فيه أشد من شروط الحكم بالموجب كما سبق ذكره.

وللشافعية تفصيل خاص بالنسبة لتحديد الأقوى من النوعين:

أ- فإنه ينظر عندهم إلى التصرف الذي تناوله الحكم، فإن كان هذا التصرف مختلفاً في جوازه بين المذاهب الفقهية، فإن الحكم بصحته يكون أقوى من الحكم بموجبه ومثاله: تعليق طلاق المرأة على نكاحها، فالشافعي يرى بطلان هذا التصرف، والمالكي يرى صحته، فلو حكم به قاض مالكي صح، وترتب عليه الحكم بوقوع الطلاق إذا وجد السبب وهو النكاح، وكان ملزماً لأي قاض تعرض عليه القضية بعد ذلك، ولو كان شافعياً لا يرى صحته، ولكنه لو حكم بموجبه و لم يتعرض لصحته لكان للقاضي الشافعي أن ينقض هذا الحكم ويقضي ببطلان التصرف السابق وعدم وقوع الطلاق لو حصل النكاح فيكون الحكم

(١) حاشية ابن عابدين: جـ٥ ص٣٩٧، ٣٩٨.

(٢)تبصرة الحكام: جـ١ ص١٠٨.

بالصحة في هذه الحالة أقوى من الحكم بالموجب[1].

ب- وأما إذا كان التصرف الذي تناوله الحكم غير مختلف فيه عند الفقهاء وإنما الخلاف في الآثار التي تترتب عليه ، فإن الحكم بموجبه يكون أقوى من الحكم بصحته في هذه الحالة، ومثاله: بيع الدار، فإنه متفق على صحة هذا التصرف إذا حصل بشروطه، ولكن هناك خلاف بين الحنفية والشافعية في بعض آثاره، وهو أنه إذا ثبت يكون سبباً لاستحقاق شفعة الجوار عند الحنفية، بينما الشافعية لا يرون ذلك، فإذا حكم الشافعي بصحة هذا العقد لم يكن حكمه هذا مانعاً للقاضي الحنفي أن يحكم بشفعة الجوار، إذ هي موجب من موجباته في مذهبه، والقاضي الشافعي لم يتناوله في حكمه، وإنما حكم بصحة التصرف فقط، بينما لو حكم الشافعي بموجب هذا العقد لما كان للقاضي الحنفي أن يحكم بشفعة الجوار لو عرضت عليه القضية من صاحب الشأن[2].

وهكذا فإن الشافعية يرون أن الحكم إذا ورد على أمر مختلف فيه بين الفقهاء كان أقوى من غيره، سواءً أكان حكماً بالصحة أم حكماً بالموجب، والذي يبدو أن هذا الرأي سليم، لأن الحكم يكون أقوى من غيره إذا كان أكثر إلزاماً، ولا شك أن الحكم إذا ورد على مختلف فيه يكون أكثر إلزاماً، حيث يخضع له المخالف، ويكون أقل إلزاماً إذا ورد على المتفق عليه، حيث لا مخالف، فيلزم به الموافق، ولا شك أن ما يلزم المخالف أقوى مما يلزم الموافق.

٢- الغالب أن كل موضع يجوز الحكم فيه بالصحة يجوز فيه الحكم بالموجب، والعكس

---

(١) مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٥، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

(٢) مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٥، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ: هذا ما ذكره الخطيب الشربيني، ولكن مقتضى ما حققه ابن عابدين فيما تقدم ذكره من مذهب الحنفية في الحكم بالموجب غير هذا، فإن ما قرره أن الحنفية لا يرون الحكم بالموجب المنفك عن التصرف إلا إذا حصل بخصوصه نزاع ودعوى، ومقتضى ذلك أن حكم الشافعي بموجب بيع الدار لا يصح في حق الأخذ بالشفعة إلا إذا كان هناك حادثة تنازع وترافع بخصوصها، وإذا كان الحنفي لا يرى صحة حكم القاضي الشافعي في هذا فإن مقتضى ذلك أنه يجوز له نقضه عندهم، لأن الحكم لم يقع صحيحاً، وهذا خلاف ماتقدم نقله عن الشربيني.

صحيح في الغالب أيضاً، **ويستثنى من ذلك حالات ذكر منها:**

أ- إذا كان المطلوب في الدعوى إلزام المدعى عليه بما أقر به أو قامت به عليه البينة فالحكم الذي يصدر في مثل هذه الدعوى ينبغي أن يكون بالموجب، ولا يكون بالصحة ولكن الحكم بالموجب المطلوب بالدعوى يتضمن الحكم بصحة الإقرار[1].

ب- الحكم في الزنا والسرقة ينبغي أن يكون بالموجب دائماً ولا يكون بالصحة بحال من الأحوال[2].

جـ- البيع الفاسد عند الحنفية يجوز الحكم بموجبه، وهو الملك بالقبض، ولا يجوز الحكم بصحته، لأنه وقع فاسداً[3]،ومثله الخلع على نحو خمر عند الشافعية، فهو فاسد عندهم ولكن يترتب عليه البينونة ولزوم مهر المثل، فيجوز فيه الحكم بالموجب ولا يجوز الحكم بصحته[4].

د- وفي البيع بشرط الخيار يجوز الحكم بالصحة ولا يجوز الحكم بالموجب، لأنه وإن كان صحيحاً إلا أنه لا يترتب عليه آثاره[5].

٣- إن الحكم بالموجب قد يتضمن أشياء لا يتضمنها الحكم بالصحة، ومن الأمثلة على ذلك عقد البيع، فإذا صدر حكم بصحته لم يمنع ذلك من إثبات خيار المجلس، بحيث لو عرض الأمر على قاضٍ آخر يقول بخيار المجلس كان له تمكين المتعاقدين أو أحدهما من الفسخ لخيار المجلس، بينما لو صدر حكم بموجب عقد البيع لما كان لأي قاضٍ بعد ذلك إن يمكن أحد العاقدين من فسخ العقد لخيار المجلس، إذ لو فعل ذلك لكان ناقضاً للحكم الأول، وهو لا يصح[6].

---

(١) تبصرة الحكام: جـ١ ص١٠٥.
(٢) تبصرة الحكام: جـ١ ص١٠٥، مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٥، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.
(٣) تبصرة الحكام: جـ١ ص١٠٦.
(٤) مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٥، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.
(٥) المرجع السابق.
(٦)تبصرة الحكام: جـ١ ص١٠٦، ١٠٧.

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً عقد القرض: فقد اختلف الفقهاء في موجبه، فقال المالكية: إنه يملك بالقبض ولا يصح الرجوع فيه بعد ذلك، بينما ذهب آخرون إلى أن للمقرض الرجوع فيه حتى بعد القبض، فإذا صدر حكم بصحته من قاضٍ يرى أنه يملك بالقبض فإنه لا يكون مانعاً من الحكم بجواز الرجوع فيه من قبل قاضٍ آخر يرى ذلك إذا عرض الأمر عليه، ولا يكون في هذا نقض للحكم الأول، لأن الصحة عنده لا تنافي الرجوع فيه، بينما لو حكم القاضي الأول بموجب عقد القرض وكان موجبه عنده الملك بالقبض وعدم جواز الرجوع فيه لما كان لأي قاضٍ بعده أن يمكن المقرض من الرجوع فيه، إذ يكون بذلك قد نقض حكم القاضي الأول وهو لا يصح[1].

ثانياً- تقسيم الأحكام من حيث كونها مقصودة أو ضمنية:

لقد صنفها الفقهاء من هذه الناحية إلى صنفين:

١- الحكم القصدي:

وهو الحكم الذي يكون منصباً على الحق المدعى به المطلوب الحكم به، وذلك كما إذا ادعى رجل على آخر ألف دينار، وأقام بينة على ذلك، فحكم القاضي له بالألف دينار، فإنه يقال هنا: إن هذا القضاء قصدي، لأنه انصب على نفس الحق المدعى به[2].

٢- الحكم الضمني:

وهو الحكم الذي يكون المحكوم فيه غير مقصود، بل هو داخل ضمن المدعى المحكوم به قصداً، وذلك كما إذا قامت البينة على أن زوجة فلان وكلت زوجها فلاناً في كذا على خصم آخر، وحكم القاضي بتوكيلها، كان هذا الحكم حكماً بالزوجية بينهما ضمناً، وإن لم

(١) المرجع السابق.
(٢) الأصول القضائية: ص٢٩٧، المرافعات الشرعية- معوض محمّد مصطفى سرحان: ص٢٤٤.

تكن الدعوى في حادثة الزوجية[1]، فهذا النوع من الأحكام يقتضيه الحكم القصدي، وإن لم يكن محلاً للنزاع، ولا مطلوباً من قبل المدعي.

الفائدة المترتبة على هذا التقسيم:

ولهذا التقسيم فوائد وهي:

أ- يشترط في الحكم القصدي أن تسبقه دعوى صحيحة وخصومة، بينما لا يشترط ذلك في الحكم الضمني[2].

ب- يتساهل في الحكم الضمني بما لا يتساهل في الحكم القصدي: فقد تساهلوا من حيث أنهم لم يشترطوا لصحته نفس الشروط المطلوبة لصحة الحكم القصدي، وقد تقدم ذكر تساهلهم فيه بالنسبة لشرط سبق الدعوى، كما تساهلوا فيه بالنسبة لنواح أخرى، منها: أنه يجوز أن يتناول الحكم الضمني شيئاً لم يحل بعد، فقد جاء في "مغني المحتاج" أنه (لو حكم الشافعي بموجب الإجارة، فإن حكمه يكون مانعاً للقاضي الحنفي من الفسخ بالموت، لأن حكم الشافعي بالموجب في الإجارة يتناول الحكم بانسحاب بقاء الإجارة ضمناً، فإن قيل: حكم الشافعي ببقاء الإجارة بعد الموت حكم بالموت قبل وجوده، فيكون باطلاً، أُجيب بأن الحكم ببقاء الإجارة حكم ضمني، لأن موجب الإجارة لم ينحصر فيه... وهو يغتفرون في الضمنيات ما لا يغتفرون في القصديات)[3].

---

(١) مباحث المرافعات: ص٧٨.

(٢) اللآلىء الدرية في الفوائد الخيرية: جـ١ ص٢٠.

(٣)مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٥، طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.

ثالثاً- تقسيم الأحكام بالنظر إلى وسيلة التعبير عنها:

تتنوع الأحكام بهذا الاعتبار إلى نوعين:

١- الحكم القولي:

وهو الحكم الذي يعبر عنه بقول يصدر عن القاضي بشروط تقدم ذكرها في "شروط الحكم" وقد تقدم هناك أنه لا يشترط لفظ مخصوص، وإنما يشترط في اللفظ أن يدل على الإلزام فقط، وهذا النوع من الأحكام غير مختلف في صحته بين الفقهاء.

٢- الحكم الفعلي:

وهو الحكم الذي يعبر عنه بفعل يصدر عن القاضي، وقد سبق في "المبحث السابق" تفصيل الخلاف فيما يكون من الأفعال حكماً وما لا يكون.

هذا وقد رتب فقهاء الحنفية على هذا التقسيم أن الحكم القولي فقط هو الذي يشترط فيه تقدم دعوى وخصومة عليه، بينما لا يشترط ذلك في الحكم الفعلي[1].

رابعاً- تقسيم الأحكام بالنظر إلى المحكوم به:

وقسموا الأحكام بالنظر إلى المحكوم به إلى "قضاء استحقاق" و"قضاء ترك".

١- فإذا كان المحكوم به استحقاق شيء حكم به القاضي لأحد الخصمين سمي هذا "قضاء استحقاق".

٢- وأما إذا كان عبارة عن منع المدعي من المنازعة والتعرض للمدعى عليه في أمر من

---

(١) انظر اللآلىء الدرية على جامع الفصولين: جـ١ ص٢٠.

الأمور سمي "قضاء ترك"[1].

تقسيمات الأحكام عند أهل القانون:

وللحكم في التشريعات الحديثة وفقهها تقسيمات مختلفة من زوايا متعددة **وفيما يلي ذكر أهم هذه التقسيمات:**

أولاً-تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن فيها[2]:

تتنوع الأحكام من هذه الناحية إلى الأنواع التالية:

١- أحكام إبتدائية:

وهي الأحكام التي تصدرها محاكم الدرجة الأولى، ومن خصائص هذه الأحكام أنه يجوز الطعن فيها بالاستئناف، فالمعيار في معرفتها إذن هو قابليتها لهذا الطعن، ولكن يلاحظ أن القوانين الإجرائية تستثني بعض الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى، فتجعلها غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف، فلا تعتبر هذه المستثنيات من قبيل الأحكام الابتدائية[3].

٢- أحكام نهائية:

وهي ما لا يقبل الطعن بالاستئناف، فيوصف الحكم بأنه نهائي إذا لم يكن قابلاً لهذا

---

(١) المادة ١٧٨٦ من مجلة الأحكام العدلية، مباحث المرافعات: ص١٧٧.

(٢) الطرق القانونية المتبعة في طعن الأحكام تقسم إلى قسمين: أ- طرق الطعن العادية، وهي الطعن بطريق المعارضة في الأحكام الغيابية، وبطريق الاستئناف في الأحكام الابتدائية. ب- طرق الطعن غير العادية: وهي الطعن بطريق التماس إعادة النظر وبطريق النقض واعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها. ويلاحظ أن الحكم الذي يقبل الطعن بطريق عادي لا يجوز تنفيذه ما دام قابلاً لهذا الطعن، بينما يكون واجب التنفيذ متى أصبح غير قابل لهذا الطعن، حتى ولو كان قابلاً للطعن فيه بطريق غير عادي- أصول المرافعات - أحمد مسلم: ص٦٩٨ طبع سنة ١٩٦٨م.

(٣) شرح قانون المرافعات العراقي- ضياء شيت خطاب: ص٣٤٤؛ شرح قانون الإجراءات المدنية: ص٤٧٣، المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا: ص٧٦٥ الطبعة التاسعة.

الطعن، وإن كان قابلاً لغيره من طرق الطعن الأخرى، كالطعن بالنقض أو بالتماس إعادة النظر، أو بالمعارضة[1].

هذا وتكون الأحكام نهائية في حالات محددة أهمها:

أ- إذا صدرت عن محكمة من محاكم الدرجة الأولى في حدود نصابها الانتهائي، كالحكم الصادر من محكمة جزئية في دعوى لا تتجاوز قيمتها خمسين جنيهاً، أو من محكمة ابتدائية في نزاع لا تتجاوز قيمته مائتين وخمسين جنيهاً.

ب- أن يقرر المشرع جواز الطعن فيها بالاستئناف.

جـ- إذا صدرت عن محكمة من محاكم الدرجة الثانية[2].

د- أن تكون أحكاماً ابتدائية فيفوت ميعاد استئنافها، فتصبح نهائية[3] .

٣- الأحكام التي لا يجوز الطعن فيها بطرق الطعن العادية:

ولكنها تقبل الطعن بالطرق غير العادية، وقد سماها بعض الشراح بالأحكام الحائزة لقوة الشيء المحكوم فيه[4]. ويلاحظ أن الأحكام الانتهائية وإن لم تكن قابلة للطعن بالاستئناف إلا أنها لا تعتبر حائزة لقوة الأمر المحكوم فيه دائماً،لأنها قد تكون قابلة للطريق الآخر من طرق الطعن العادية وهو طريق المعارضة.

٤- الأحكام الباتة:

وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بأية طريق من طرق الطعن سواء كانت عادية أو

---

(١)أصول المرافعات - أحمد مسلم: ص٦٨٠ طبع سنة ١٩٦٨م.
(٢) شرح قانون الإجراءات المدنية -عبد الباسط جميعي: ص٤٧٣.
(٣) أصول المرافعات - أحمد مسلم: ص٦٨٠ طبع سنة ١٩٦٨م.
(٤) المرجع السابق، المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا:ص٧٦٥ الطبعة التاسعة.

غيرها، وهذه كالأحكام الاستئنافية التي لا يجوز الطعن فيها بطريق النقض[1].

ثانياً: تقسيم الأحكام من حيث حسمها للنزاع:

وقسمت الأحكام من هذه الناحية إلى قسمين:

١- الأحكام القطعية:

وهي ما يحسم النزاع في الخصومة كلها أو في شق منها، بحيث لا يجوز للمحكمة المصدرة للحكم أن ترجع فيه.

٢- الأحكام غير القطعية:

وهي ما لا يحسم نزاعاً ما، وإنّما يتعلق بسير الخصومة، كقرار تأجيل الدعوى أو بالإثبات، كالحكم الذي يجيز الإثبات بالبينة، أو بطلب وقتي كالحكم بتعيين حارس[2].

وفائدة هذا التقسيم تظهر في أمرين هما:

الأول: لا تتقيد المحكمة بتنفيذ الأحكام التي لا تكون قطعية ولا بنتيجتها، وإنما يجوز لها الرجوع فيها والقضاء بغيرها بتغير ظروف القضية، بينما لا يجوز مثل ذلك بالنسبة للأحكام القطعية، وبهذا تكون الأحكام القطعية أقوى في حجيتها من الأخرى[3].

الثاني: الأحكام القطعية لا تسقط بسقوط الخصومة أو بانقضائها بالتقادم[4].

---

(١)أصول المرافعات - أحمد مسلم: ص٦٨٠ طبع سنة ١٩٦٨م. المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا:ص٧٦٥ الطبعة التاسعة، شرح قانون الإجراءات المدنية -عبد الباسط جميعي: ص٤٧٤.

(٢) انظر المراجع السابقة.

(٣)أصول المرافعات - أحمد مسلم: ص٦٧٩ طبع سنة ١٩٦٨م. المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا:ص٧٦٣ الطبعة التاسعة.

(٤)المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا:ص٧٦٤ الطبعة التاسعة.

ثالثاً: تقسيم الأحكام من حيث حضور الخصوم وغيابهم:

تقسم الأحكام من هذه الناحية إلى قسمين:

١- أحكام حضورية:

وهي ما يصدر من الأحكام في حضرة الخصم، ومثلها الأحكام التي تعتبر حضورية حكماً، وإن لم يكن الخصم حاضراً فعلاً.

٢- أحكام غيابية:

وهي ما يصدر من الأحكام في غيبة الخصم المحكوم عليه، وقد تقدم في الفصل الثاني من الباب الثاني أن كثيراً من القوانين جعلت للخصم الغائب الذي صدر عليه الحكم في حالة غيابه أن يطعن فيه بطريق المعارضة، بينما لم يجعل ذلك بالنسبة للأحكام الحضورية، إلا أن بعض التشريعات الأخرى قصرت هذا الحقّ في الطعن على بعض الحالات، وعلى أية حال فإن هذه التشريعات ظلت تعتبر الحكم الغيابي سنداً ضعيفاً للمحكوم له، ولذلك فهو يسقط إذا لم يعلن للمحكوم عليه خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره [١].

---

(١) انظر المادة ٣٩٣ من قانون المرافعات المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩م.

المبحث الخامس
في
أثر الحكم

إن أهم أثر للحكم إذا صدر وفق أُصوله الشرعية التي سبق ذكرها أنه يصبح واجب التنفيذ بالنسبة للواقعة التي صدر فيها بحيث لا يجوز للقاضي الذي أصدره أن يرجع عنه، ولا لغيره من القضاة أن ينقضوه، ولو كان مخالفاً لمذهبهم[1]. وتفصيل ذلك:

أن الحكم قد يصدر في أمر غير مجتهد فيه، فإن كان موافقاً لِما تقتضيه النصوص والإجماع، فلا شك في وجوب تنفيذه على جميع من يعرض عليهم بعد ذلك، وأما إن كان مخالفاً للنصوص أو الإجماع فسيأتي أنه ينبغي نقضه ولا يجوز تنفيذه.

وقد يصدر في أمر مجتهد فيه بين الفقهاء، فيكون لازماً ويجب تنفيذه على أي قاض ينظر فيه بعد ذلك، ولا يجوز نقضه، لا من قبل القاضي الذي أصدره ولا من قبل غيره[2]، وفي ذلك يقول الحسام الشهيد [3]: (وينبغي للقاضي أن ينفذ قضايا القضاة التي ترفع إليه.. وإذا قضى بقول البعض وحكم بذلك، ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك، فإنه ينفذ هذه القضية ويمضيها. حتى لو قضى بإبطالها ونقضها، ثم رفع إلى قاض آخر، فإن هذا القاضي

---

(١) عدة أرباب الفتاوي: ص٢٧٢، شرح الخرشي: جـ٧ ص١٦٦.
(٢) أدب القضاء – ابن أبي الدم: ق١٤ أ.
(٣) هو عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة برهان الأئمة أبو محمّد المعروف بالحسام الشهيد (٤٨٣–٥٣٦هـ) من كبار أئمة الحنفية، ومن تصانيفه الفتاوي الصغرى، والفتاوي الكبرى، والجامع الصغير المطول وشرح أدب القاضي للخصاف والمبسوط في الخلافيات – انظر تاج التراجم في طبقات الحنفية: ص١٣٦ ، والفوائد البهية: ص١٤٩.

الثالث ينفذ قضاء الأول، ويبطل قضاء الثاني لأن قضاء الأول في موضع الاجتهاد، والقضاء في موضع الاجتهاد نافذ بالإجماع، فكان الثاني بقضائه ببطلان الأول مخالفاً للإجماع)[١].

وهذا هو معنى قول الفقهاء: إن الدعوى إذا فصلت مرة وحكم بها بمقتضى الشرع لا تنقض ولا تعاد[٢].

تلك هي القاعدة العامّة، وهي كما يرى تجعل للحكم حجية كبيرة، وتضفي عليه احتراماً كثيراً، **ولكن يستثنى منها ما يلي:**

أولاً- إذا صدر الحكم مخالفاً لنص في الكتاب أو السنّة، أو كان مخالفاً للإجماع أو القياس الجلي[٣]، وقد ألحق بعضهم بما سبق ما لو كان الحكم مخالفاً للمذاهب الفقهية الأربعة[٤]. ففي هذه الحالات يجب نقض الحكم ولا يصح تنفيذه، بل يحرم[٥]، لأنه حكم بغير ما أنزل اللّه تعالى، ورسول اللّه ﷺ يقول: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)[٦]، أي باطل غير معتد به[٧]، ومن حكم بغير تلك الأُصول فقد أدخل على الإسلام ما ليس منه،

---

(١) عدة أرباب الفتاوي: ص٢٧٣.

(٢) العقود الدرية: جـ١ ص٢٩٨.

(٣) وهو ما قطع فيه بإلحاق الفرع بالأصل – فتح المعين:ص١٤٠، مغني المحتاج:جـ٤ ص٣٩٦ طبع سنة ١٣٧٧هـ.

(٤) فتح المعين: ص١٤٠ .

(٥) تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين: جـ٥ ص٤٠٠، ٤٠١، الشرح الكبير: جـ٤ ص١٥٣، ١٥٤، الأم: جـ٦ ص٢٠٧، طبعة مصورة عن طبعة بولاق، فتح المعين: ص١٤٠، المنهاج ومغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٦ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ .

(٦) رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي اللّه تعالى عنها – انظر: صحيح البخاري بحاشية السندي: جـ٤ ص١٨١ وصحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٢ ص١٦، وانظر أيضاً أحكام الأحكام لابن دقيق العيد: جـ٤ ص١٦٢، والمنتقى لابن الجارود: ص٤٤.

(٧) قال النووي في شرح الحديث المذكور: (قال أهل العربية: الرد هنا بمعنى المردود، ومعناه: فهو باطل غير معتد به وهذا الحديث قاعدة عظيمة من قواعد الإسلام، وهو من جوامع كلمه ﷺ فإنه صريح في رد كل البدع والمخترعات، وفي هذا الحديث دليل لمن يقول من الأصوليين أن النهي يقتضي الفساد، ومن قال: لا يقتضي الفساد يقول: هذا خبر واحد، ولايكفي في إثبات هذه القاعدة المهمة وهذا جواب فاسد، وهذا الحديث مما ينبغي حفظه واستعماله في إبطال المنكرات وإشاعة الاستدلال به) – انظر شرح النووي على صحيح مسلم: جـ ١٢ ص١٦.

فيكون حكمه باطلاً، ويكون آثماً عند الله إن كان يعلم ذلك.

وأما إذا كان الحكم مخالفاً لاجتهاد مجتهد، فلا ينقض، وأحسن ما يبين ذلك ما ورد عن الإمام الشافعي ﷺ في الأم، حيث قال: (وإذا حكم القاضي بحكم، ثم رأى الحقّ في غيره، فإن رأى الحقّ في الحادث بأنه كان خالف في الأول كتاباً أو سنّةً أو إجماعاً أو أصح المعنيين فيما احتمل الكتاب أو السنّة نقض قضاءه الأول على نفسه، وكل ما نقضه على نفسه نقضه على من قضى به إذا رفع إليه، ولم يقبله ممن كتب به إليه، وإن كان إنّما رأى قياساً محتملاً أحسن عنده من شيءٍ قضى به من قبل، والذي قضى به يحتمل القياس ليس الآخر بأَبْيَنَ حتى يكون الأول خطأً في القياس)[1]. وقد سئل الإمام مالك ﷺ عن القاضي إذا قضى بقضيةٍ ثم تبيّنّ له أن غير ما قضى به أصوب مما قضى به، فهل له أن يرد قضيته ويقضي بما رأى بعد ذلك؟ فأجاب: (إذا تبيَّنَ له أن الحقّ في غير ما قضى به رجع فيه، وإنّما الذي لا يرجع فيه هو ما قَضَتْ به القضاة مما اختلف النّاس فيه)[2]، فيظهر من كلام الإمام مالك أنه ينقض من الأحكام ما تبيَّن أنه مخالف للحقّ، وهو ما خالف الكتاب أو السنّة أو الإجماع، وليس من ذلك ما اختلف النّاس فيه من الأمور الاجتهادية.

ثانياً- تنقض الأحكام التي تصدر على غير وفق الأصول الشرعية في نظر الدعوى وإصدار الأحكام، ومن ذلك:

١- ما يصدر من الأحكام عن القضاة الذين ينقصهم شرط من الشروط المطلوبة في تولية القضاة، فقد ذهب فقهاء المالكية إلى أن الظالم من القضاة تنقض أحكامه جميعها من غير تتبع لها[3]، وأما القاضي الجاهل فإن كان عدلاً فقد قالوا: للقاضي الذي يأتي بعده أن يتصفح أحكامه، فما وجده موافقاً للسنّة أنفذه، وما وجده من اجتهاده مما لم يقل به أحدٌ من أهل العلم نقضه، وإن كان لبعض أهل العلم فيه قول أنفذه، وأما إذا اشتهر عن القاضي الجاهل أنه

---

(١) الأم: جـ٦ ص٢٠٧.
(٢) المدونة: جـ٤ ص٧٦.
(٣) الشرح الكبير: جـ٤ ص١٥٢، لب اللباب: ص٢٥٩.

يشاور أهل العلم في أحكامه فقالوا: يجوز لمن يأتي بعده أن يتعقب أحكامه فما وجده جوراً نقضه، وأما إذا كان القاضي عالماً عدلاً فلا يجوز تعقب أحكامه بحالٍ من الأحوال[1].

وهكذا فإنه يظهر إن المالكية يذهبون إلى أنه لا حجية للأحكام الصادرة عن القضاة الجائرين، وأن أحكام العدل الجاهل لها حجية ضعيفة لا تمنع من تعقب أحكامه، وتزداد قوتها إذا كان مشاوراً لأهل العلم، وإن أحكام العدل العالم من القضاة لها حجية كاملة على من نظرها بعده.

وأما الشافعية فقد ذهبوا إلى أنه تنقض أحكام القاضي الذي لا يصلح للقضاء، حتى ولو أصاب فيها، لأنها صدرت عمن لا ينفذ حكمه[2]، ولكن هل يجوز للقاضي أن يتعقب أحكام من كان قبله؟ ذهب بعضهم إلى أنه لا يجوز له ذلك إلا إذا تظلم له المحكوم عليه من قبل القاضي السابق، فينظر فيما تظلم فيه، وينقض ما خالف الكتاب أو السنّة أو الإجماع أو القياس الجلي، وذهب البعض الآخر إلى أنه يجوز للقاضي تعقب أحكام من سبقه من غير تظلم أحدٍ ليبطل منها ما خالف النصوص أو الإجماع[3]، ولكن أحداً منهم لم يقل بوجوب ذلك عليه.

٢- ومن ذلك أيضاً أن يصدر الحكم في حقوق العباد، من غير أن تسبقه دعوى، فيكون باطلاً لتخلف شرط صحته، وكذلك إذا صدر الحكم من غير أن يسبقه إعذار، فيكون باطلاً عند المالكية[4] لتخلف شرطه عندهم.

٣- ومنها أيضاً الأحكام الصادرة في قضايا يمنع القاضي شرعاً من النظر فيها، وذلك كمن حكم على عدوه، أو حكم لنفسه أو شريكه أو أصله أو فرعه[5].

---

(١) منح الجليل: جـ٤ ص١٨٤،١٨٥،١٨٦.
(٢) الديباج المذهب في أحكام المذهب: ق٢٤ ب، مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٧ طبع الحلبي سنة١٣٧٧هـ.
(٣) الأم: جـ٢، ص٢٠٨، أدب القضاء - ابن أبي الدم: ق١٤أ.
(٤) فتح العلي المالك: جـ٢ ص٢٩٥.
(٥) حاشية ابن عابدين: جـ٥ ص٣٥٧، الأصول القضائية: ص٣٠٥، الشرح الكبير: جـ٤ ص١٥٢، المنهاج ومغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٣ طبع الحلبي سنة١٣٧٧هـ.

والحاصل أن الأحكام التي تتمتع بالحجية الكاملة هي التي تكون مستوفية لجميع شروطها ومبنيةً علىْ نظر في الدعوى مستوفٍ لشروطه أيضاً .

ثالثاً– وينقض الحكم عند الحنفية في الحالات التي يأتي فيها المحكوم عليه بدفع صحيح يجوز إبداؤه بعد الحكم، وقد تقدم في الفصل الثالث من الباب الثاني أن بعض أنواع الدفوع يجوز إبداؤها بعد إصدار الحكم عند الحنفية، وتقدم أن غيرهم من الفقهاء لا يجيزون إبداء الدفوع بعد الحكم.

حدود أثر الحكم القضائي:

إن خلاصة ماتقدم أن أهم آثار الحكم هو ذلك الإلزام والحجية التي يكتسبها الأمر المحكوم فيه، غير أن هذه الحجية ليست مطلقة من ناحيتين:

الناحية الأولى: أن أثر الحكم القضائي يقتصر على الواقعة التي صدر فيها، ولا يمتد هذا الأثر إلى غيرها من الوقائع والجزئيات، ولوكانت مماثلة للواقعة التي تناولها الحكم[١]، وفي هذا يقول الخرشي[٢]: (إن الحكم لا يجاوز محله إلى ما يماثله، بمعنى أنه إذا حكم الحاكم في جزئية معينة لا يكون حكماً فيما يحدث من مماثلها، لأن الحكم جزئي لا كلي، بل إن تجدد المماثل، فإنه يستأنف الاجتهاد فيه إذا كان من الأمور الاجتهادية) [٣]وهذا حقّ، لأن حكم القاضي لا يغير الحرام فيجعله حلا للمحكوم له، ولا العكس، وشو معنى ما قالوه من أن القضاء لا يمكن أن يكون شرعاً عامّاً يطبق على كل جزئية، وإنّما هو تطبيق للشرع في جزئية معينة، وقد يظهر خطأ هذا التطبيق في المستقبل، لأنه فعل البشر، فلا يصح أن يمتد أثره إلى كل جزئية وواقعة[٤].

---

(١) أعلام الموقعين: جـ١ ص٣٨.

(٢) هو محمّد بن عبدالله الخرشي المالكي أبو عبدالله (١٠١٠-١١٠١هـ): وهو أول من تولى مشيخة الأزهر، كان فقيهاً فاضلاً ورعاً، أقام وتوفي في القاهرة– الأعلام: جـ٧ ص١١٨.

(٣) شرح الخرشي: جـ٧ ص١٦٧.

(٤) وهذا هو تفسير ما ورد عن عمر ﷺ أنه قضى في حادثة بخلاف تلك القضية فسئل عن ذلك فقال: تلك كما قضينا وهذا كما نقضي– انظر الأصول القضائية: ص٣٠٠.

الناحية الثانية: أن أثر الحكم القضائي عند جمهور الفقهاء لا يمتد إلى تغيير الوصف الشرعي لِما صدر فيه، سواءً كان محله عقداً أو فسخاً أو ملكاً مرسلاً [1] أو أي شيءٍ آخر، بمعنى أن حكم القاضي لا يغير الحرام فيجعله حلا للمحكوم له، ولا العكس، وهو معنى ما قالوه من أن القضاء لا ينفذ في الظاهر والباطن معاً مطلقاً، وإنّما ينفذ فيهما إذا كان الأمر في الظاهر كما هو في الباطن، فإن اختلفا نفذ في الظاهر دون الباطن[2]، وإلى هذا ذهب الإمام مالك والإمام الشافعي والإمام أحمد والصاحبان من الحنيفة[3].

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن أثر الحكم القضائي يختلف بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون المحكوم فيه أمراً للقاضي أن ينشئه في الأصل، أي أمر للقاضي ولاية الإنشاء فيه، وذلك كما في العقود وفسوخها والنُكاح وتوابعه، حيث له إجراء العقود بسلطته، وفسخها، وكذلك النكاح والطلاق، ففي هذه الحالة يكون الحكم القضائي نافذاً في الظاهر والباطن وإن كان الأمر في الباطن بخلاف ما استند إليه الحاكم من الظاهر. وهو في هذا يخالف ما تقدّم ذكره عن جمهور الفقهاء ومنهم صاحباه محمد وابو يوسف[4]. إلا أنه ينبغي أن يلاحظ في هذا المقام أن هذه الأمور من عقود وفسوخ ونكاح لا تقبل الإنشاء من قبل القاضي إلا بشروط، فإن لم تتحقق جميعها لم يكن له ولاية الإنشاء فيها، فلا يكون لحكمه فيها ذلك الأثر المتقدم من النفاذ في الباطن إلا في حالة تحقق جميع شروط تلك الولاية **ولذلك يشترط عند الإمام أبي حنيفة من أجل نفاذ الحكم في الظاهر والباطن معاً شرطان هما:**

١- عدم علم القاضي بكذب الشهود، وذلك لأنه لا يجوز أن يقضي القاضي بخلاف

(١) الملك المرسل هو الملك المطلق، أي الذي لم يذكر له سبب، البحر الرائق: جـ٧ ص١٤.

(٢) انظر: فتح الباري:جـ٧ ص١٥، أحكام الأحكام لابن دقيق العيد: جـ٤ ص١٦٦.

(٣) بدائع الصنائع: جـ٧ ص١٥، شرح الخرشي: جـ٧ ص١٦٦. البحر الرائق: جـ٧ ص١٤، المغني: جـ١١ ص٤٠٩ طبع المنار سنة ١٣٤٨هـ، الفروع: جـ٣ ص٨٣٣، الميزان الكبرى: جـ٢ ص١٨٦، المنهاج ومغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٧ طبع الحلبي سنة١٣٧٧هـ، الإشراف على مسائل الخلاف – عبد الوهاب البغدادي: جـ٢ ص٢٧٨.

(٤) بدائع الصنائع: جـ٧ ص١٥، البحر الرائق: جـ٧ ص١٤.

علمه باتفاق الفقهاء، فليس له ولاية الإنشاء في هذه الحالة.

٢- كون محل الحكم قابلاً له، فلو حكم القاضي بناءً على شهادة زورٍ بزواج امرأةٍ تحت زوجٍ آخر أو في عدّتها، أو بزواج امرأة مرتدةٍ أو محرمةٍ بمصاهرةٍ أو رضاعٍ، فإنه لا ينفذ في باطن الأمر ولا يحلها له، ولا يحل لها أن تمكن المحكوم له من نفسها[١] وذلك لأن القاضي ليس له ولاية إنشاء مثل هذا الزواج، فلا يجوز اعتباره منشئاً له.

الحالة الثانية: أن يكون المحكوم فيه أمراً ليس للقاضي أن ينشئه في الأصل، أي ليس له ولاية إنشائه، وذلك كما في الأملاك المرسلة وما يلحق بها من ميراث وغيره، ففي هذه الحالة لا يكون حكم القاضي نافذاً في الباطن إن لم يكن موافقاً لما اعتمد عليه من الظاهر[٢]، وذلك لأن الملك نفسه لا يحتمل الإنشاء ولا بد له من سبب سواءً أكان سبباً منشئاً أم سبباً ناقلاً، فلو قيل بنفاذ القضاء في الظاهر والباطن في الملك المطلق عن السبب كان ذلك إثباتاً لسبب للملك سابق عن القضاء وبطريق الاقتضاء، وهو لا يصح عند الفقهاء[٣]. وبذلك يقوم الاتفاق بين جميع الفقهاء على أن حكم الحاكم لا يحلل الحرام في مثل هذه الأمور، ويبقى الخلاف منحصراً فيما يكون للقاضي ولاية الإنشاء فيه.

الأمثلة:

وقد انبنى على الخلاف المتقدم مسائل منها:

١- إذا ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها فأنكرت فأقام على ذلك شاهدي زور فقضى القاضي بالنكاح بينهما، والمدعي وشاهداه يعلمون أنه لا نكاح بينهما، نفذ قضاؤه في الظاهر والباطن عند أبي حنيفة والمراد بالنفاذ ظاهراً أن يسلم القاضي المرأة إلى الرجل، ويقول: سلمي نفسك إليه فإنه زوجك ويقضي بالنفقة والقسم، وبالنفاذ باطناً أن يحل له وطؤها

(١) انظر المرجعين السابقين.
(٢) انظر المرجعين السابقين.
(٣) درر الحكام: جـ٢ ص٤٠٩، حاشية ابن عابدين: جـ٥ ص٤٠٦.

ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى[1]. وعند الجمهور لا ينفذ القضاء في الباطن فلا يحل للمحكوم له وطؤها، ولا يحل لها تمكينه[2].

٢- إذا شهد زوراً شاهدان على رجل أنه طلق امرأته وهو منكر فقضى القاضي بالفرقة بينهما، ثم تزوجها أحد الشاهدين، حل له وطؤها عند أبي حنيفة، ولم يحل له ذلك عند الجمهور[3].

أدلة الإمام أبي حنيفة:

وقد استدل للإمام بما يلي:

أولاً- فقد استدل له بما روي عن الإمام علي كرم الله وجهه أن رجلاً ادعى عنده على امرأة نكاحها، وشهد له شاهدان بذلك، فقضى بينهما بالزوجية،فقالت: والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين، اعقد بيننا عقداً حتى أحل له، فقال: شاهداك زوجاك. ووجه دلالته أن قول الإمام علي:"شاهداك زوجاك" ورفضه تجديد النكاح بينهما مع موافقة المرأة على ذلك ورغبة المدعي فيها، يدل على أن النكاح قد انعقد بينهما في الباطن، ولو أن الإمام علياً كان يرى أن حكمه لا يؤدي إلى إنشاء النكاح بينهما على فرض كون الشهادة زوراً لاستجاب لطلبها وعقد بينهما عقداً جديداً احتياطاً لتحصينها من الزنا وإبعاداً لأي احتمال لوقوعهما في الحرام، وهو أكثر الناس حرصاً على دفع المنكر والحيلولة دون وقوعه، فلما لم يفعل ذلك دل

---

(١) بدائع الصنائع: جـ٧ ص١٥، البحر الرائق: جـ٧ ص١٤.

(٢) شرح الخرشي: جـ٧ ص١٦٦. مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٧ طبع الحلبي سنة١٣٧٧هـ، المغني لابن قدامة: جـ١١ص٤٠٨ الطبعة الأولى. وقال الخطيب الشربيني: (وإذا تقرر أنه لا يجوز لها تمكينه وقصدها دفعه كالصائل على البضع، فإن قيل: فلعله ممن يرى الإباحة فكيف يسوغ دفعه وقتله؟ أجيب بأن المسوغ للدفع والموجب له انتهاك الفرج المحرم بغير طريق شرعي، وإن كان الطالب لا إثم عليه كما لو صال صبي أومجنون على بضع امرأة، فإنه يجوز لها دفعه بل يجب) - مغني المحتاج: جـ٤ ص٣٩٧ طبع الحلبي سنة١٣٧٧ ، والواجب على المرأة هو الامتناع والهرب ما أمكنها، فإذا أكرهت فلا إثم عليها- المرجع السابق.

(٣) انظر المراجع السابقة.

على أن حكمه كافٍ في الاحتياط لكل ذلك، وأنه قام مقام العقد والإنشاء[١].

واعترض على الاستدلال بهذا الأثر من جهتين:

أ- من جهة صحته، فقد قالوا: إنه مجهول عند أصحاب الحديث، ولا يحتج بالمجهول[٢].

ب- من جهة أن لفظ الإمام علي رضي الله عنه لا يدل على أن حكمه هو الذي أنشأ الزواج بينهما، فقد أضاف التزويج إلى الشاهدين و لم يضفه إلى حكمه، وإنما لم يجبها إلى العقد بينهما لأن في ذلك طعناً بالشهود بغير دليل[٣].

وقد يجاب على هذا بأن الإمام علياً رضي الله تعالى عنه إنما قال لها "شاهداك زوجاك" في معرض جوابه لها على تخوفها من الوقوع في الحرام، وكأنه يقصد بقوله هذا: أن لا تخافي من الوقوع في الحرام إن لم يكن بينكما عقد، لأن الحكم الذي قضيت به بناءً على الشهادة يقوم مقام العقد الذي تطلبينه، ويحقق لك الغرض الذي تقصدينه.

ثانياً- واستدل له أيضاً بقصة المتلاعنين، فإن رسول الله ﷺ فرق بين المتلاعنين[٤] مع العلم بأن أحدهما كاذب قطعاً[٥]، وهذا الحكم بالتفريق نافذ في الظاهر والباطن، إذ يحرم على الزوج بعد ذلك وطء زوجته، ويحرم عليها تمكينه من نفسها ، ويحل لها أن تتزوج غيره وتمكنه من نفسها، وهذا هو معنى النفاذ في الباطن، هذا مع العلم بأن الباطن في هذه الحال مخالف للظاهر، فدل ذلك على أن حكم الحاكم نافذ في الظاهر والباطن وإن اختلفا.

---

(١) انظر أصل هذا الاستدلال في حاشية ابن عابدين: جـ٥ ص٤٠٦.

(٢) فتح الباري: جـ١٣ ص١٥٠، الحاوي الكبير: جـ١٢ ق١٠٨ ب.

(٣) كشاف القناع: جـ٤ ص٢١١.

(٤) صحيح البخاري مع حاشية السندي: جـ٤ ص١١٤، صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٠ ص١٢٣ وما بعدها.

(٥) فتح الباري: جـ١٣ ص١٤٩، المبسوط: جـ١٦ ص١٨٣.

وقد اعترض على هذا الاستدلال بأن القياس على اللعان قياس مع الفارق من وجهين:

الوجه الأول– إن التفريق في اللعان يقع عقوبة للعلم بأن أحد المتلاعنين كاذب، وحكم القاضي لا يقع في غير هذه الحالة فلا يصح أن يقاس كل حكم على اللعان لهذا الفارق[1].

الوجه الثاني– إن إرادة القاضي في اللعان قد توجهت إلى التفريق بين المتلاعنين، والحال فيه أن القاضي يعلم علم اليقين، بأن أحدهما كاذب فينشيء هذا التفريق بينهما قاصداً ومتعمداً،وليس الحال كذلك فيما نحن فيه، حيث إن القاضي لا يعلم كذب الشهود على الطلاق والنكاح، ولا تتوجه إرادته إلى الإنشاء وإنما يقضي بناءً على البينة التي أمامه معتقداً أنها صحيحة ومظهرة للحق[2].

ويمكن أن يعترض على هذا القياس من جهة أخرى، وهو أن الأصل فيه غير متفق عليه بين أبي حنيفة والجمهور، فإن الجمهور قالوا: إن الفرقة بين المتلاعنين تقع بالتلاعن نفسه، ولا تحتاج إلى حكم القاضي فإذا وقع التلاعن حرم عليه نكاحها على التأبيد، وحرم عليها تمكينه، وحكم القاضي بعد ذلك لو وقع ليس له تأثير في إنشاء هذه الفرقة، لأنها حاصلة بدونه، وذهب أبو حنيفة إلى أن الفرقة لا تقع بين المتلاعنين إلا بقضاء القاضي[3]. وبناءً على هذا فإنه لا يصح قياس حكم القاضي بالطلاق بناءً على شهادة الزور على وقوع الفرقة بالتلاعن، إذ لا تشابه بين الفرع والأصل، والأصل مختلف فيه عند الفقهاء.

ثالثاً– وقد يستدل للإمام أبي حنيفة بقياس الحكم بالنكاح والطلاق بناءً على شهادة الزور على الحكم في المختلف فيه، فإنه ينفذ في الظاهر والباطن بالنسبة للمحكوم له والمحكوم عليه حتى ولو كان أحدهما أو كلاهما يعتقد خلاف ما حكم به، ومثال ذلك: لو أن امرأةً ادعت على زوجها أنه قال لها: أنت عليّ حرام، وكان القاضي يرى أن هذا طلاقاً، فحكم

---

(١) فتح الباري: جـ١٣ ص١٤٩.

(٢) انظر أصل هذا الاستدلال في الحاوي الكبير: جـ١٢ ق١٠٩ أ.

(٣) أنظر شرح النووي على صحيح مسلم: جـ١٠ ص١٢٢.

بالفرقة بينهما نفذ حكمه في الظاهر والباطن، ولو كان المرأة أو الزوج أو كلاهما على مذهب من لا يرى هذا القول طلاقاً، فيحل لها بعد ذلك الزواج من غيره ويحرم عليه الاتصال بها، ويحرم عليها تمكينه، وهذا باتفاق الفقهاء، فإنهم اتفقوا على أن الحكم في المختلف فيه ينفذ في الظاهر والباطن، وهكذا فإنهم لما اتفقوا على نفاذ الحكم في الظاهر والباطن في حالة الحكم المختلف فيه لزم القول بنفاذه ظاهراً وباطناً إذا حكم القاضي بناءً على شهادة الزور بجامع أن المحكوم له فيهما يعتقد خلاف ما حكم به القاضي.

وقد ذكر الماوردي هذا الدليل واعترض عليه بأن مسائل الاجتهاد ليس فيها باطن وظاهر مختلفان، فلا يقاس عليها[1]. وقد يجاب على هذا الاعتراض بأن القاضي حينما يقضي في المجتهد فيه لا يسأل عن مذهب المحكوم له ولا المحكوم عليه، وإنما يقضي وفق مذهبه، وفي المسألة السابقة قد يحكم القاضي بالطلاق بينهما ويكون الزوج والزوجة على مذهب من لايرى قول الزوج "أنت علي حرام" طلاقاً، وقد يكون الزوج تساهل في ذلك، فقاله، بناءً على اعتقاده بأنه ليس طلاقاً، فاغتنمت الزوجة فرصة كون القاضي المختص بنظر الدعوى يرى هذا القول طلاقاً، وكانت راغبة في فراق زوجها، فرفعت إليه الأمر لتحقق ما في نفسها مع اعتقادها أنه لم يطلقها، فالواقع في هذه الحالة أنها تطلب أمراً لا تعتقده حلالاً لها، والقاضي يحكم لها بأمر تعتقد أنه ليس من حقها، فالباطن هو ما تعتقد وهو عدم وقوع الطلاق بهذا القول، والظاهر هو ما حكم به القاضي، فهما مختلفان، لا كما قال الماوردي، ومع ذلك فقد اتفق الجميع على أن حكم القاضي هذا يوقع الفرقة بينهما ظاهراً وباطناً، بحيث يحرم على زوجها الاتصال بها، ويحرم عليها تمكينه من ذلك، ويحل لها أن تتزوج غيره، ويحل لهذا الغير وطؤها، حتى ولو كان لا يرى رأي القاضي، ولا يرى وقوع الطلاق بقول الزوج الأول لها "أنت علي حرام"،وهكذا فإن قياس ما نحن فيه على هذه المسألة المتفق عليها في محله.

ومثل ما قيل بالنسبة للطلاق المختلف فيه يمكن أن يقال بالنسبة للنكاح المختلف فيه، وذلك كما في النكاح بعبارة المرأة وبغير إذن الولي، فهو جائز عند أبي حنيفة وباطل عند

---

(١) الحاوي الكبير: جـ١٢ ق١٠٨أ - ١٠٩أ.

مالك والشافعي[1]، ولكنه لو حكم به الحاكم الحنفي نفذ حكمه ظاهراً وباطناً، بحيث يحل له وطؤها، ويحل لها تمكينه، ويحرم عليها زواج غيره، حتى ولو كان الاثنان على مذهب من لا يعتبره نكاحاً، فهنا، كما في الحكم بالنكاح بناءً على شهادة الزور، المحكوم له والمحكوم عليه يعتقدان في الباطن عدم وقوع العقد بينهما، ومع ذلك اتفق على نفاذ الحكم في الباطن والظاهر في مسألة النكاح بعبارة المرأة، فلم لا يقال ذلك بالنسبة للحكم بالنكاح المبني على شهادة الزور، مع أن المحكوم له والمحكوم عليه في كلا الحالين لا يعتقدان بوقوع النكاح بينهما؟.

رابعاً– واستدل له بالمعقول من وجوه:

١– أن القاضي مأمور بالقضاء بالحق، ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الإنشاء إلا بالحمل على الإنشاء، لأن البينة قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة، فإن كانت صادقة وقع قضاؤه بالحق من غير حمله على الإنشاء، وإن كانت كاذبة تعين الحمل عليه، ضرورة تصحيح قضائه المأمور به، فإن صيانة الحكم عن الإبطال مطلوبة[2].

وقد اعترض على هذا بأن وجوب القضاء على القاضي لا يستلزم نفاذ القضاء حقيقة في باطن الأمر، والواجب عليه هو الحكم بناءً على الظاهر المستفاد من البينة، فإن فعل ذلك كان ممتثلاً لأمر الله، ومأجوراً على هذا الامتثال، وإن لم يصادف قضاؤه الحق في الواقع ونفس الأمر[3]. وهذا حقّ، لأن وجوب القضاء بالحق على القاضي ليس معناه أنه مطالب بالكشف عن القلوب، لأن ذلك ليس بمستطاعه، والله سبحانه لايأمر بما لا يستطاع وإنما يعني أن القاضي مأمور بتطبيق أحكام الشريعة على الوقائع التي تظهر أمامه، فإذا فهم التكليف بالقضاء بالحق على هذا النحو–وليس من سبيل إلى فهم آخر– لم يلزم منه حمل قضائه على الإنشاء، لا فيما يحتمله، ولا فيما لا يحتمله، لأن القاضي يستطيع القيام بهذا التكليف على كل حال، فإن تطبيق أحكام الشرع وقواعده على الوقائع بناءً على الظاهر أمر في مستطاع القاضي،

---

(١) كنز الدقائق وشرح منلامسكين عليه: ص٨٨، المنهاج ومغني المحتاج: جـ٣ص١٤٧ طبع الحلبي سنة ١٣٧٧هـ.
(٢) بدائع الصنائع: جـ٧ ص١٥.
(٣) فتح الباري: جـ ١٣ ص١٥٠.

سواءً أكان المحكوم فيه أمراً يحتمل الإنشاء من قبل القاضي أم لم يكن كذلك، فإذا تبين عدم لزوم الحمل على الإنشاء من قبل القاضي في جميع الأحوال، وعدم ضرورة ذلك فإنه لا مجال للقول بتغير الوصف الشرعي للمحكوم فيه، وإنما يبقى الحرام حراماً والحلال حلالاً.

٢- إن القضاء شرع لقطع المنازعة بين الخصوم من كل وجه، ولو قلنا بعدم نفاذ حكم القاضي في باطن الأمر لما أدى القضاء وظيفته ولما كان قاطعاً للخصومة وحاسماً للنزاع من كل وجه[١].

ويمكن أن يعترض على هذا النظر بأن وظيفة القضاء إنما هي قطع النزاع بين الناس في هذه الحياة الدنيا، ويكون ذلك بالإلزام عليهم، ولا يقتضي ذلك تحليل الحرام وتحريم الحلال، فليس وظيفة القضاء قطع النزاع في الآخرة أيضاً، وإنما يقطعها هناك أحكم الحاكمين بالفصل العادل المبني على العلم اليقيني، والنفاذ في الظاهر يكفي لقطع النزاع في الدنيا، ولا لزوم للنفاذ في الباطن.

٣- إن القضاء لو لم ينفذ باطناً لأدى ذلك إلى فحش تجل أحكام الشرع عن أن يؤدي تطبيقها إلى مثله، وذلك أنه لو حكم بالطلاق بناءً على شهادة زور فلم ينفذ الحكم في الباطن لبقيت المرأة حلالاً لزوجها الأول باطناً، وظاهراً لزوجها الجديد، فلو ابتلي الثاني بمثل ما ابتلي به الأول حلت للثالث، وهكذا، فتحل لجمع متعددين في زمن واحد، ولايخفى فحش هذه النتيجة، بخلاف ما إذا قلنا بنفاذه باطناً، فإنها لا تكون حلالاً إلا لواحد[٢].

واعترض عليه بأن الجمهور إنما قالوا في هذا تحرم على الثاني مثلاً إذا علم أن الحكم ترتب على شهادة الزور، فإذا اعتمد الحكم وتعمد الدخول بها فقد ارتكب محرماً كما لو كان الحكم بالمال فأكله، ولو ابتلي الثاني كان حكم الثالث كذلك، والفحش إنما لزم من الإقدام على تعاطي المحرم، فكان كما لو زنوا واحداً بعد واحد[٣].

---

(١) البحر الرائق: جـ٧ ص١٤.

(٢) نقله ابن حجر العسقلاني عن بعض فقهاء الحنفية - انظر فتح الباري: جـ١٣ ص١٥٠.

(٣) فتح الباري: جـ١٣ ص١٥٠.

أدلة الجمهور:

واستدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنّة والإجماع والقياس والمعقول:

أولاً- فأما الكتاب فقد استدلوا بقول اللّه تعالى:﴿وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[البقرة:١٨٨] قال ابو جعفر الطبري: (فتأويل الكلام: ولا يأكل بعضكم أموال بعض فيما بينكم بالباطل، وأكله بالباطل، أكله من غير الوجه الذي أباحه اللّه لآكليه)[١] وقد ورد عن بعض الصحابة كثير من التابعين تفسير الأكل بالباطل والإدلاء إلى الحكام لأكل الأموال بالإثم بما يؤكد أن ما يقضي به الحكام لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، **ومن ذلك ما يلي:**

١- فقد ورد عن ابن عباس رضي اللّه تعالى عنهما في معنى الآية الكريمة قوله: (فهذا في الرجل يكون عليه مال، وليس عليه فيه بينة، فيجحد المال، فيخاصمهم فيه إلى الحكام، وهو يعرف أن الحق عليه، وهو يعلم أنه آثمٌ: أكل حراماً)[٢]. فإن قيل: إن كلام ابن عباس فيما ليس فيه بينة، والكلام فيما قامت عليه البينة الظاهرة، وإن كانت زوراً في الواقع، فالجواب أن المنظور إليه كما يدل عليه كلام ابن عباس هو حال المدعي وأن من يدعي شيئاً ليس له ويقيم عليه شهادة الزور يعلم أنه ليس بينةً في الواقع ونفس الأمر، فيكون هذا هو المقصود بكلام ابن عباس.

٢- وورد عن مجاهد[٣] في قول اللّه تعالى:﴿وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾ أنه قال: (لا تخاصم وأنت ظالم)[٤].

---

(١) تفسير الطبري: جـ٣ ص٥٤٩.

(٢) تفسير الطبري: جـ٣ ص٥٥٠، تفسير ابن كثير: جـ١ ص٢٢٥.

(٣) هو مجاهد بن جبر مولى السائب بن أبي السائب، أبو الحجاج المكي المقريء الإمام المفسر، روى الحديث عن ابن عباس وقرأ عليه، وعن غيره من الصحابة، وقد وثقه ابن معين وأبو زرعة، قال ابن حبان: مات بمكة سنة ١٣٢هـ وهو ساجد ومولده سنة ٢١هـ - خلاصة التذهيب: ص٣١٥.

(٤)تفسير الطبري: جـ٣ ص٥٥٠، تفسير ابن كثير: جـ١ ص٢٢٥.

٣- وورد عن قتادة[1] في معنى الآية الكريمة السابقة ما نصّه: (وكان يقال: من مشى مع خصمه وهو له ظالم، فهو آثم حتى يرجع إلى الحق، واعلم يا ابن آدم أن قضاء القاضي لا يحل لك حراماً ولا يحق لك باطلاً، وإنما يقضي القاضي بنحو ما يرى ويشهد به الشهود، والقاضي بشر يخطيء ويصيب، واعلموا أنه من قضي له بالباطل، فإن خصومته لم تنقضِ حتى يجمع الله بينهما يوم القيامة، فيقضي على المبطل للمحق بأجود مما قضي به للمبطل على المحق في الدنيا)[2].

٤- وورد عن ابن زيد[3] أنه قال في قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾ ما نصه: (يكون أجدل منه وأعرف بالحجة، فيخاصمه في ماله بالباطل، ليأكل ماله بالباطل)[4].

وورد عن السدي[5] وسعيد بن جبير[6] وعكرمة والحسن ومقاتل بن حيان[7] مثل ذلك[8].

---

(١) هو قتادة بن دعامة السدوسي أبو الخطاب البصري الاكمه، أحد الأئمة الأعلام، قال ابن المسيب: ما أتانا عراقي أحفظ من قتادة، وقال ابن سيرين: قتادة أحفظ الناس، قال حماد بن زيد: توفى سنة ١١٧هـ - خلاصة التذهيب: ص٢٦٨.

(٢)تفسير الطبري: جـ٣ ص٥٥٠، تفسير ابن كثير: جـ١ ص٢٢٥.

(٣) هو عبد الرحمن بن زيد بن أسلم المدني، روى الحديث عن أبيه، مات سنة ١٨٢هـ -خلاصة التذهيب: ص١٩٢.

(٤) تفسير الطبري: جـ٣ ص٥٥١، تفسير ابن كثير: جـ١ ص٢٢٥.

(٥) هو إسماعيل بن عبد الرحمن بن أبي كريمة السدي مولى قريش أبو محمّد، رمي بالتشيع، توفى سنة ١٢٧هـ -خلاصة التذهيب: ص٣٠.

(٦) هو سعيد بن جبير الوالبي مولاهم الكوفي الفقيه، أحد الأعلام، وهو ثقة إمام حجة قال ميمون بن مهران: مات سعيد وما على ظهر الأرض أحد إلا وهو محتاج إلى علمه، قتل سنة ٩٥هـ كهلاً، قتله الحجاج فما أمهل بعده، قال خلف بن خليفة عن أبيه: شهدت مقتل ابن جبير، فلما بان الرأس قال: لا إله إلا الله لا إله إلا الله، فلما قالها الثالثة لم يتمها ﷺ - خلاصة التذهيب: ص١١٦.

(٧) هو مقاتل بن حيان البكري مولاهم النبطي أبو بسطام البلخي، روى عن مجاهد وعروة وسالم، وروى عنه إبراهيم بن أدهم وابن المبارك، ووثقه ابن معين - خلاصة التذهيب: ص٣٣١.

(٨)تفسير ابن كثير: جـ١ ص٢٢٥.

وقال ابن كثير[1] في تفسير هذه الآية بعد أن ذكر حديث أم سلمة الذي سيأتي ذكره قريباً (فدلت هذه الآية الكريمة وهذا الحديث على أن حكم الحاكم لا يغير الشيء في نفس الأمر، فلا يحل في نفس الأمر حراماً هو حرام، ولا يحرم حلالاً هو حلال، وإنما هو ملزم في الظاهر، فإن طابق في نفس الأمر فذاك وإلا فللحاكم أجره، وعلى المحتال وزره)[2].

ثانياً– وأما السنّة فقد استدلوا بما ورد عن أم سلمة رضي اللّه تعالى عنها أنها قالت: قال رسول اللّه ﷺ: (إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له به قطعة من النّار)[3].

وهذا الحديث واضح في دلالته على أن حكم القاضي لا يحلل الحرام بوجه من الوجوه، وذلك أن رسول اللّه ﷺ أخبر بأنه إنما يحكم بين الناس بالظاهر، فيحكم بالبينة وباليمين ونحو ذلك، وإن هذا الظاهر قد يكون مخالفاً للواقع والحقيقة، فيكون الحكم بناءً عليه ظلماً للمحكوم عليه، وأن من أخذ شيئاً ظلماً بناءً على الحكم الخاطيء في الواقع المبني على الظاهر، وهو يعلم، يعاقب عقاباً شديداً، واللّه سبحانه وتعالى لا يعاقب إلا على الحرام، فيكون أخذ الشيء بدون حق حراماً، وإن كان مدعوماً بحكم حاكم، فهذا دليل على أن حكم القاضي لا يحلل الحرام بحال من الأحوال[4].

وقد اعترض على هذا الدليل من وجوه:

الوجه الأول: أن ظاهر الحديث يدل على أن ذلك مخصوص بما يتعلق بسماع كلام

---

(١) هو إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصروي الدمشقي أبو الفداء (٧٠١-٧٧٤هـ): حافظ مؤرخ فقيه، رحل في طلب العلم، له تصانيف كثيرة منها "تفسير القرآن العظيم" و"البداية والنهاية" و"شرح صحيح البخاري" و"طبقات الشافعية" وغيرها - الأعلام: جـ١ ص٣١٧، ٣١٨.

(٢)تفسير ابن كثير: جـ١ ص٢٢٥.

(٣) هذا لفظ مسلم -انظر صحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٢ ص٤، وقد سبق تخريجه في ص٤٣.

(٤) المبسوط: جـ١٦ ص١٨١، بدائع الصنائع: جـ٧ ص١٥، شرح النووي على صحيح مسلم: جـ١٢ ص٦، أحكام الأحكام لابن دقيق العيد: جـ٤ ص١٦٦.

الخصم حيث لا بينة هناك ولا يمين، ويؤيد ذلك ما ورد في بعض روايات الحديث من أن رسول الله ﷺ قال ذلك في أخوين اختصما إليه في مواريث درست بينهما و لم يكن لهما بينة إلا دعواهما[١]، فإذا كان الأمر كذلك فليس في الحديث حجة على موضع النزاع، لأن النزاع إنما هو في الحكم المرتب على الشهادة[٢].

وأجاب ابن حجر عن هذا الاعتراض بأن حمل الحديث على ما يتعلق بسماع كلام الخصم حيث لابينة ولايمين خلاف الظاهر[٣]، وهذا حق، لأن رسول الله ﷺ قال- كما في كثير من روايات الحديث-(فمن قضيت له...) والقضاء لا يمكن أن يبتنى علىمجرد كلام الخصم، ولابد أن يكون مرتباً على طريق من طرق القضاء الشرعية وليس من طرق القضاء مجرد كلام الخصم، وإن رسول الله ﷺ يقول في حديث آخر: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)[٤]، فكيف يمكن حمل قوله ﷺ "فمن قضيت" على القضاء المرتب على مجرد كلام الخصم ودعواه؟

الوجه الثاني: أن قول رسول الله ﷺ السابق ورد في خصومة أخوين على مواريث لهما كما تقدم، فإذا كان الحديث قد ورد في الميراث لم يكن دليلاً على بطلان مذهب الإمام أبي حنيفة، لأنه يسلم بأن الحكم في الميراث والملك المرسل لا يحلل حراماً، فهو يسلم بمقتضى الحديث، وإنما لا يسلم بذلك بالنسبة للعقود والفسوخ، والحديث لا يتناولها [٥].

وقد يجاب على هذا الاعتراض بأن قول رسول الله ﷺ (فمن قضيت) عام، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وهو يدل بعمومه على أن القضاء- مهما كان- لا يحل الحرام، لأن رسول الله ﷺ كان في هذه القضية قاضياً وأخبر عن قضائه أنه لا يحل حراماً،

---

(١) كذا ذكره أبو داود عن أم سلمة رضي الله عنها - انظر بدائع الصنائع: جـ٧ ص١٦.
(٢) انظر فتح الباري:جـ١٣ ص١٤٩.
(٣) المرجع السابق.
(٤) حديث متفق عليه عن ابن عباس، واللفظ المذكور في المتن لمسلم - انظرصحيح مسلم بشرح النووي: جـ١٢ ص٢. وانظر أيضاً نصب الراية : جـ٤ ص٩٦، والتلخيص الحبير: جـ٤ ص٣٩.
(٥) بدائع الصنائع: جـ٧ ص١٦.

فأولى أن لا يحله قضاء غيره.

الوجه الثالث: أن ((من)) في قول رسول اللّه ﷺ (فمن قضيت له) شرطية، وهي لا تستلزم الوقوع فيكون من فرض ما لم يقع وهو جائز فيما تعلق به غرض وهو هنا محتمل لأن يكون للتهديد والزجر عن الإقدام على أخذ أموال الناس باللسن والإبلاغ في الخصومة، وهو وإن جاز أن يستلزم عدم نفوذ الحكم باطناً في العقود والفسوخ، لكنه لم يسق لذلك، فلا يكون فيه حجة لمن منع النفاذ في الباطن، ثم قالوا: ومما يرجح حمله على هذا التأويل أن الاحتجاج به يستلزم أن رسول اللّه ﷺ: يقر على الخطأ، لأنه لا يكون ما قضى به قطعة من النار إلا إذا استمر الخطأ، وإلا فمتى فرض أنه يطلع عليه فإنه يجب أن يبطل ذلك الحكم ويرد الحق لمستحقه، وظاهر الحديث يخالف ذلك، فإما أن يسقط الاحتجاج به ويؤول على ما تقدم، وإما أن يستلزم استمرار التقرير على الخطأ وهو باطل[1].

وأجيب بأن التأويل المتقدم خلاف الظاهر وما رجحوه به ليس في محله، لأن الخطأ الذي لا يقر عليه رسول اللّه ﷺ هو الحكم الذي صدر عن اجتهاده فيما لم يوحَ إليه فيه، وليس النزاع فيه، وإنما النزاع في الحكم الصادر منه بناءً على شهادة زور أو يمين فاجرة، فلا يسمى خطأً للاتفاق على وجوب العمل بالشهادة وبالأيمان، وإلا لكان الكثير من الأحكام يسمى خطأً وليس كذلك[2].

---

(١) نقل هذا الاعتراض ابن حجر عن بعض علماء الحنفية - انظر فتح الباري :جـ١٣ ص١٤٩.

(٢) فتح الباري: جـ١٣ ص١٤٩، ١٥٠ ، وقال النووي (فإن قيل هذا الحديث ظاهر أنه قد يقع منه ﷺ في الظاهر مخالف للباطن، وقد اتفق الأصوليون على أنه ﷺ لا يقرُّ على خطأ في الأحكام، فالجواب أنه لا تعارض بين الحديث وقاعدة الأصوليين، لأن مراد الأصوليين فيما حكم فيه باجتهاده فهل يجوز أن يقع فيه خطأ؟ فيه خلاف: الأكثرون على جوازه ومنهم من منعه، فالذين جوزوه قالوا: لا يقر على إمضائه بل يعلمه اللّه تعالى به ويتداركه، وأما الذي في الحديث فمعناه إذا حكم بغير اجتهاده كالبينة واليمين، فهذا إذا وقع منه ما يخالف ظاهره باطنه لا يسمى الحكم خطأ بل الحكم صحيح بناءً على ما استقر به التكليف، وهو وجوب العمل بشاهدين مثلاً، فإن كانا شاهدي زور أو نحو ذلك فالتقصير منهما وممن ساعدهما، وأما الحكم فلا حيلة له في ذلك ولا عيب عليه بسببه بخلاف ما إذا أخطأ في الاجتهاد فإن هذا الذي حكم به ليس هو حكم الشرع) - شرح النووي على صحيح مسلم: جـ١٢ ص٥،٦.

واستدل لهم من السنّة أيضاً بما تواتر عن رسول اللّه ﷺ أنه قال: (أُمرت أن أُقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا اللّه، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام، وحسابهم على اللّه)[1]، ووجه دلالة هذا الحديث هو في أن رسول اللّه ﷺ أشار إلى أن الأحكام تجري على الظاهر في الحياة الدنيا، وأشار في ختام الحديث إلى أن هذا الظاهر ليس له أي تأثير على القيم الأخروية للأعمال، وإنما يبقى في تقدير هذه القيمة من اختصاص العليم الخبير الذي ليس عنده ظاهر وباطن وإنما يعلم حقائق الأمور وبواطنها وهذا مستفاد من قوله ﷺ: وحسابهم على اللّه[2].

ثالثاً– وأما الإجماع، فقد استدلوا بأن السلف أجمعوا على أن حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، وقد تقدم ما ورد عن كثير من الصحابة والتابعين في تفسير قوله تعالى:﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[البقرة:١٨٨]، وقال النووي وابن حجر: (والقول بأن حكم الحاكم يحل ظاهراً وباطناً مخالف لهذا الحديث الصحيح–أي حديث أم سلمة المتقدم– وللإجماع السابق على قائله، ولقاعدة أجمع العلماء عليها ووافقهم القائل المذكور، وهو أن الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال)[3].

رابعاً–وأما القياس فقد استدلوا به من وجوه:

١– فقاسوا الحكم المرتب على شهادة الزور على الحكم المخالف للنص أو الإجماع بجامع أنه يقطع بتحريم ما حكم له به في كلا الحالتين، فلما اتفق على عدم نفاذ الحكم المخالف للنص أو الإجماع في الباطن فينبغي أن يكون الحكم المرتب على شهادة الزور كذلك[4].

---

(١) هذا حديث متواتر، وقد رواه عن رسول اللّه ﷺ عدد من الصحابة منهم أبو هريرة وابن عمر وأبو بكرة – انظر الفتح الكبير: جـ١ ص٢٦٠.
(٢) الميزان الكبرى: جـ٢ ص١٨٦.
(٣) شرح النووي على صحيح مسلم: جـ١٢ ص٦، فتح الباري: جـ١٣ ص١٥٠.
(٤) المهذب: جـ٢ ص٣٤٣، مطبعة عيسى الحلبي.

٢- واستدلوا أيضاً بقياس الحكم في العقود والفسوخ علىالحكم في الأملاك المرسلة، فإنه لا فرق بينهما، إذ كلاهما أحكام، فكما أن الثاني لا يحل الحرام في الباطن، فينبغي أن يكون الأول كذلك[1].

واعترض على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق، فإن الحاكم ليس له ولاية الإنشاء بالنسبة للأملاك المرسلة، فليس له مثلاً أن يدفع مال زيد إلى عمرو، ولكنه يملك إنشاء العقود والفسوخ، فيملك بيع مال الغائب، ويملك بيع مال الشخص حال خوف هلاكه للحفظ، ويملك إنشاء النكاح على الصغيرة، والفرقة على العنين، فيجعل الحكم إنشاء في العقود والفسوخ احترازاً عن الحرام[2].

ويمكن أن يجاب على هذا بأنه لا ضرورة لاعتبار هذا الفرق بين الأملاك المرسلة من جهة والعقود والفسوخ من جهة أخرى، لأن التحرز عن الحرام الذي ذكروه: إما أن يقصد به التحرز عن إيقاع القاضي فيه، وإما أن يقصد به التحرز عن إيقاع غيره، فأما القاضي فلم يقل أحد بوقوعه في الحرام، وأما غيره، فإما أن لا يكون عالماً بالتزوير، وإما أن يكون، فإن كان الأول فلم يقل أحد بوقوعه في الحرام أيضاً، وإن كان الثاني فإنه لا يجب النظر للمتعمد في الوقوع في الحرام.

خامساً- وأما المعقول فهو أن شرط صحة الحكم وجود الحجة وإصابة المحل، وإذا كان في نفس الأمر شهود زور لم تحصل الحجة، لأن حجة الحكم هي البينة العادلة، والزور كبيرة من الكبائر، وحقيقة الشهادة إظهار الحق، وحقيقة الحكم إنفاذ ذلك، وإذا كان الشهود كذبة لم تكن شهادتهم حقاً ولا مظهرةً لحق سابق[3].

ومن جهة أخرى فإن القضاء ينفذ بقدر الحجة، والحجة لا تدل علىالحق إلا من حيث الظاهر، فينفذ القضاء من حيث الظاهر أيضاً[4]، وأما الباطن فيبقى على ما هو عليه، فإن

---

(١) الفروق: جـ٤ ص٤٢.
(٢) درر الحكام: جـ٢ص٤٠٩، حاشية ابن عابدين: جـ٥ص٤٠٦.
(٣)فتح الباري: جـ١٣ ص١٥٠.
(٤)درر الحكام: جـ٢ ص٤٠٩.

كان موافقاً للظاهر فذاك وإلا فإن القضاء لا يؤثر فيه ولا يغيره.

الرأي الراجح:

والظاهر هو رجحان ما ذهب إليه الجمهور، إن من حيث قوة الدليل وإن من حيث المصلحة:

أولاً- فإن أدلة الجمهور أقوى من أدلة الفريق الآخر من وجوه:

١- فإنهم استندوا إلى نصوص من الكتاب والسنة واضحة الدلالة على أن القضاء لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، وما أُثير حول دلالتها من اعتراضات وشبهات لا يقوى على إبطال هذه الدلالة، لأن تلك الاعتراضات لا تستند إلى دليل من الكتاب أو السنّة، أو الإجماع، وإنما إلى مجرد نظر عقلي غير مقطوع به، وليس من حقيقة إلا ويمكن تأويلها ولو بأسلوب بعيد، والفيصل في معرفة ما يقبل من التأويلات وما يرفض هو قربها أو بعدها من روح الشريعة، **وهذه تؤيد ما ذهب إليه الجمهور وتؤيد مقتضى تلك النصوص من ناحيتين:**

الناحية الأولى: أن اللّه سبحانه وتعالى هو الذي يتولى الحكم في الأمور الباطنة، وأن الناس ليس لهم عليها سلطان، وإنما تقتصر أحكامهم على الظاهر.

الناحية الثانية: أن المنظور إليه في أعمال الناس-من حيث ترتب الثواب أو العقاب عليها- هو نياتهم، ولذلك كان القاضي مأجوراً على خطأه في اجتهاده، لأن نيته متوجهة إلى امتثال أمر اللّه تعالى بالعدل وإحقاق الحق، ولا يشك في سوء نية من أكل حقاً لغيره، وهو يعلم أنه مبطل وأنه لم يجعل له إلا بناءً على وسيلة محرمة، كشهادة الزور أو اليمين الكاذبة.

وهكذا فإن ما ذكر من تأويلات للنصوص التي استدل بها الجمهور لا تنسجم مع هذه الروح، وتظل تلك النصوص سالمة للجمهور في دلالتها على مذهبهم، وهذا في الوقت الذي لم يستند فيه الفريق الآخر إلى نص من نصوص الكتاب والسنّة، اللهمّ إلا ما ذكروه من أثر عن الإمام علي كرم اللّه وجهه، مع أن حول ثبوته ودلالته كلاماً تقدم ذكره.

٢- ومن جهة أخرى فقد استندوا إلى أخبار عن السلف تكون إجماعاً، وكلها نصوص

في أن قضاء القاضي لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، ولم يذكر الفريق الآخر ما يخالف تلك الأخبار سوى الأثر المتقدم عن الإمام علي رضي الله عنه، وقد تقدم أنه ليس فيه مخالفة لما نقل عن السلف.

٣- ومن جهة ثالثة فإن النظر العقلي الذي استند إليه الفريق الآخر لم يسلم لهم، وقد قوبل بنظر أقوى، والنظر الصحيح هو الأقرب إلى النصوص وروحها.

ثانياً- أضف إلى ماتقدم، أن ما ذهب إليه الجمهور أكثر تحقيقاً لمصلحة العدل وأكثر دفعاً لمفسدة الظلم، وأحسن تربية للضمير الإنساني المؤمن، وأكثر تنمية لملكة مراقبة اللّه تعالى والخوف منه، فإن الغفلة من طبع الإنسان، وأحسن المذاهب والآراء ما هذب هذا الطبع، وربى القلوب على طاعة اللّه والخوف منه، وما ذهب إليه الجمهور يحقق كل هذا ففيه تنبيه لكل نفس دفعتها غفلتها إلى استباحة ما ليس لها، مما قد يكون سبباً في تخفيف نتائج الأحكام الجائرة سواءً أكانت متعمدة أم غير مقصوده، إذ قد تتحرك الضمائر الخائفة من اللّه تعالى، فتأمر أصحابها بالرجوع إلى الحق الذي غاب وجهه عن القاضي، ولذلك استحب للقاضي أن يذكر الخصوم باللّه تعالى، وأن يخوفهم من عقابه، وهذا هو ما قصده رسول اللّه ﷺ من تنبيه المتخاصمين أمامه إلى أن حكمه لا يحلل الحرام ولا يشفع لآكله عند اللّه.

آثار الحكم عند أهل القانون:

١- إن أهم أثر يترتب على صدور الحكم أنه يعطي للأمر المحكوم فيه قوة لم تكن له قبل الحكم، وهذه القوة هي ما يسمى في النظم الوضعية بحجية الأمر المحكوم به[1]، ومؤدى هذه الحجية أن الحكم صدر صحيحاً من الناحية الشكلية، وموافقاً للحقيقة من الناحية الموضوعية، وأهم مظاهرها أنه لا يجوز للمحكمة التي أصدرت الحكم أو لأية محكمة أخرى أن تنظر فيما قضى به الحكم[2].

---

(١) أصول المرافعات – احمد مسلم: ص٦٨٣ طبع سنة ١٩٦٨م.

(٢) المرجع السابق، المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا: ص٨١٤،٨١٥، الطبعة التاسعة، المرافعات المدنية- محمد حامد فهمي: ص١٧،١٨.

وترتب جميع التشريعات هذا الأثر على الحكم الصادر وفق الأصول القانونية مستهدفة وضع حد نهائي للنزاع الذي يعرض على القضاء[1]. وقد رأينا فيما تقدم أن فقهاء المسلمين جعلوا للأحكام إلزاماً وحجية لا يقف أمامها سوى نصوص الكتاب والسنّة ومقتضيات الإجماع، فما خالف أحد هذه المصادر من أحكام القضاة لم يكن له أية قيمة بحال من الأحوال، ولا يعطيه مرور الزمن أية حجية، لأنه يصدر باطلاً من أساسه، والباطل لا يصبح صحيحاً بشكل من الأشكال.

٢- تقرير الحقوق: فقد ذهب شراح القانون إلى أن الأحكام تقرر وجود الحقوق وتكشف عنها، ولكنها لا تنشئها من العدم، وقد استثنوا من ذلك بعض الأحكام، فقالوا: أنها تنشيء الحقوق بعد أن تكون غير موجودة، وذلك كما في الأحكام الصادرة بتعيين حارس أو تحديد نفقة مؤقتة لأحد الخصوم أو تطليق امرأة عن زوجها ونحو ذلك[2]. والواقع أن هذا الأثر متولد عن الأثر الأول، وهو الحجية التي ينتجها الحكم، والتي تعني-كما قالوا- أن الحكم عنوان الحقيقة وكاشف عنها.

٣- خروج المنازعة من ولاية المحكمة التي أصدرت حكماً فيها، وهذا أثر آخر يذكره بعض شراح القانون[3]، وحاصله أن الحكم بصدوره تستنفذ المحكمة ولايتها بالنسبة للنزاع، فلا يجوز لها العدول عما قضت به، كما لا يجوز تعديل ما حكمت به، أو إحداث إضافة إليه[4]. والظاهر أن هذا الأثر مستمد في حقيقته من الأثر الأول، لأن أهم مظاهر الحجية- كما سبق ذكره- عدم جواز طرح القضية المحكوم فيها على بساط البحث أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم أو غيرها.

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا: ص٨١٤، الطبعة التاسعة، شرح قانون الإجراءات المدنية- عبد الباسط جميعي: ص٤٨١.

(٢) المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا: ص٨١٥ ، الطبعة التاسعة، شرح قانون الإجراءات العراقي: - ضياء شيت خطاب: ص٣٦٦.

(٣) المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا: ص٨٠٨ ، الطبعة التاسعة، شرح قانون الإجراءات المدنية- عبد الباسط جميعي: ص٤٧٩.

(٤) المرجعين السابقين.

الفصل الثاني

العوارض التي تنهي الخصومة قبل صدور حكم فيها

إن النهاية الطبيعية للدعوى- كما تقدم- هي صدرو حكم في موضوعها يحسم النزاع بحيث لا يقبل بعد ذلك إثارته، ولكنها قد تنتهي بعارض من العوارض يضع حداً للخصومة قبل وصولها إلى تلك النهاية الطبيعية، وقد تفردت النظم الوضعية بكثير من هذه العوارض، وذلك بسبب كثرة الإجراءات وتعقيدها، وبناءً على ذلك نجعل الكلام في هذا الفصل منحصراً في مبحثين:

المبحث الأول:

في العوارض المتصورة في الفقه الإسلامي ومقابلها عند أهل القانون.

المبحث الثاني:

في العوارض التي تفرد بها أهل القانون.

المبحث الأول
في
العوارض المتصورة في الفقه الإسلامي ومقابلها عند أهل القانون

لم يعن فقهاء المسلمين كثيراً بحصر هذه العوارض، إلا أنه يمكن استنتاجها من القواعد والأصول التي اعتمدوا عليها في التقاضي ونظر الدعاوي، ومن بعض الفروع الفقهية التي ذكروها، وفيما يلي ذكر ذلك:

أولاً- التنازل عن الدعوى والخصومة:

فقد تقدم في الفصل الأول من الباب الأول أن المدعي هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، وبناءً على هذه القاعدة يمكن أن يقال: إن إحدى هذه الأمور العارضة التي تنتهي بها الدعوى قبل صدرو حكم فيها هو ترك المدعي لدعواه بإرادته، أي تنازله عنها، وقد أشارت بعض الكتب الفقهية إلى ذلك، فجاء في ((حاشية الباجوري)) (١) ما نصه: (إن مشيئة المدعي لا تتقيد بمجلس الحكم، فله إهمال المدعى عليه إلى الأبد، بل له الانصراف وترك الخصومة بالكلية)(٢).

غير أنه يجدر بالملاحظة في هذا المقام أن المدعي الأصلي في الدعوى قد يصبح في مركز

---

(١) هو إبراهيم بن محمّد بن أحمد الباجوري (١١٩٨-١٢٧٧هـ) شيخ الجامع الأزهر من فقهاء الشافعية تعلم في الأزهر، وكتب حواشي كثيرة، وله حاشية على مختصر السنوسي في المنطق، والتحفة الخيرية في الفرائض، وتحفة المريد علىالجوهرة، وتحقيق المقام في علم الكلام، وحاشية على شرح الغزي، تقلد مشيخة الأزهر سنة ١٢٦٣هـ ، حتى مات بالقاهرة - الأعلام: جـ١ ص٦٦، ٦٧.

(٢) حاشية الباجوري: جـ٢ ص٤٠١.

المدعى عليه إذا تقدم المدعى عليه الأصلي بدفع صحيح للدعوى الأصلية، ولذلك فإن القاعدة السابقة تقتضي أن لا يسمح للمدعي الأصلي أن يترك دعواه إذا كان المدعى عليه قد أبدى دفعاً لهذه الدعوى إلا إذا أذن بذلك.

هذا هو مقتضى تلك القاعدة السابقة، غير أن للمالكية رأياً آخر في هذه المسألة، وهو أنه إذا رفعت الدعوى، وأجاب المدعى عليه بالإنكار، فلا يجوز للمدعي الإعراض عنها بإرادته المنفردة، ولا بد من موافقة خصمه على ذلك، ومن حق هذا الخصم أن يلزم المدعي بإتمام الخصومة إلى أن تنتهي بالحكم، ويجب على القاضي أن يستجيب إلى طلب المدعى عليه بذلك، ويأمر الطالب بمتابعة الخصومة، فإن أبى حكم القاضي بأن لا حق له[1]. وهذا الاتجاه الذي تبناه المالكية ينسجم مع ما تقدم عنهم في "شروط الدعوى" من أنهم يقبلون الدعوى المسماة بدعوى قطع النزاع خلافاً لجمهور الفقهاء الذين تمسكوا بالقاعدة القاضية بأن المدعي لا يجبر على الخصومة.

وأما أهل القانون فقد اتجهوا وجهة أقرب إلى وجهة جمهور فقهاء المسلمين منها إلى وجهة فقهاء المالكية، فهم يقررون دائماً أن الدعوى المدنية ملك المدعي، وأنه لا يجوز إلزامه بالمضي فيها[2]. إلا أنهم استثنوا من هذه القاعدة حالة ما إذا كان المدعى عليه قد أبدى طلباته، وكانت هذه الطلبات لا يقصد منها منع المحكمة من المضي في سماع الدعوى[3]. ويعلل الشراح ذلك بأن الخصومة بعد أن يبدي المدعى عليه طلباته التي تهدف إلى إبطال الدعوى ورفضها تصبح أمراً مشتركاً بين الخصوم، وعبر بعضهم عن ذلك بقوله: إن الخصومة تكون قد انعقدت بينهما، فلا يجوز أن ينفرد المدعي في إنهائها، والأقرب أن يكون السبب في ذلك أن المدعي يصبح في مركز المدعى عليه إذا أبدى المدعى عليه الأصلي طلباته، وذلك أن طلبات المدعى عليه لا تخلو من أن تتخذ أحد شكلين هما: إما دفوع موضوعية

---

(١) الطريقة المرضية: ص٤٠.

(٢) اصول المرافعات-أحمد مسلم: ص٥٥٧ طبع سنة ١٩٦٨ م، شرح قاون الإجراءات المدنية- عبد الباسط جميعي: ص٣٩٥.

(٣) انظر: المادة ١٤٢ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

أو شكلية، وإما دعاوي فرعية يهاجم بها خصمه المدعي[1]، وكلاهما يعتبر نوعاً من الدعاوي، فهو إذن يصبح في مركز المدعي بعد أن يبدي طلباته، ويصبح خصمه في مركز المدعى عليه، وهذا يجبر على متابعة الخصومة وليس له إنهاؤها بإرادته المنفردة.

هذا وقد قررت التشريعات الحديثة طرقاً خاصة يكون بها التنازل عن الخصومة، تقتضي جميعها وجوب صدور ذلك صراحة من المدعي[2].

ويترتب على ترك الخصومة في هذه التشريعات إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى، كما يترتب عليها الحكم على التارك بالمصاريف، ولكنه لا يؤثر في الحق المدعى، فيجوز المطالبة به بدعوى وخصومة جديدتين[3].

ثانياً– حدوث ما يجعل بعض شروط الدعوى متخلفة:

إذا تعرضت الدعوى لطارئ يفقدها أحد شروطها التي كانت متوفرة عند رفعها فإنها تنتهي، وإن لم يصدر فيها حكم، **ويكون ذلك في حالات منها:**

١– أن يضحي المدعي لا مصلحة له في متابعة السير في الدعوى والخصومة، وقد تقدم أن وجود المصلحة في الدعوى من أهم شروطها، **ويمكن تصور ذلك في بعض الصور:**

أ– فقد يتوفى الصغير المتنازع على حضانته، فيصبح الاستمرار في الدعوى غير مفيد للمدعي، بل تضييعاً للوقت وعبثاً، لأن الحق المدعى أصبح منعدماً، لفوات محله، فتنتهي الدعوى لصيرورتها غير مجدية.

ب– وقد يتوفى الزوج الذي تطلب الزوجة الحكم بتطليقها منه وبذلك تنتفي المصلحة

---

(١) شرح قانون الإجراءات المدنية– عبد الباسط جميعي: ص٤٠٧.

(٢) انظر: المادة ١٤١ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م. اصول المرافعات–أحمد مسلم: ص٥٥٩. شرح قانون الإجراءات المدنية– عبد الباسط جميعي: ص٣٩٥، ٣٩٦.

(٣) انظر: المادة ١٤٣ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

في استمرار نظر الدعوى، فتفقد شرطاً من شروطها، فيجب إنهاؤها.

وهذه أمثلة على صيرورة الدعوى غير مفيدة أثناء نظرها، ويمكن أن يقاس عليها غيرها.

٢- انتهاء التنازع بصدد الحق المطلوب قبل صدور حكم في موضوع الدعوى، فيوضع حد لنظرها في هذه الحالة، لما سبق ذكره من أن القاضي في الفقه الإسلامي يجب أن يتجنب كل إجراء فيه إنشاء للنزاع، وأنه لا ينبغي أن ينظر في قضية من القضايا المتعلقة بحقوق العباد إلا إذا حصل تنازع بصدد هذه الحقوق، **وينبني على ذلك:**

أ- أن الدعوى تنتهي إذا تصالح الخصوم على الحق المدعى، وقد تقدم في الفصل الأول من الباب الثاني أنه يندب للقاضي أن يسعى للصلح بين الخصوم قبل إصدار الحكم في القضية المعروضة عليه، فإن نجحت مساعيه انتهت الدعوى، ولا حاجة عندئذ لإصدار حكم فيها.

ب- وكذلك تنتهي الدعوى إذا أقرّ المدعى عليه بالحق المدعى، وذلك لو لم يصدر حكم بناءً على هذا الإقرار، لأن الحق يجب به إذا حصل في مجلس القضاء، ولا حاجة لأن يصدر حكم بمضمونه بخلاف البينة، فإن الحق لا يجب بها إلا إذا اتصل بها حكم القاضي، وهكذا فإنه يجب تنفيذ مقتضى الإقرار على من بيدهم أمر التنفيذ، وإن لم يكن هذا الإقرار معتضداً بحكم القاضي، وقد ورد في "معين الحكام" (أن القاضي يسجل إقرار المدعى عليه، ومتى سجله صار حكماً)[١]. وهذا الرأي حسنه بعض المحدثين، وفيه يقول الشيخ الأبياني[٢]: (وهو حسن إذ فيه فائدة وهي الرجوع إليه عند الحاجة خصوصاً في هذا الزمان، فإن الجهة المختصة بتنفيذ الأحكام الشرعية هي جهة الإدارة، وهي لا تنفذ إلا إذا كان بيد الطالب

---

(١) عن كتاب: مباحث المرافعات: ص٧٧.

(٢) هو محمد زيد بك الأبياني (١٢٧٨-١٣٥٤هـ) مدرس الشريعة الإسلامية بمدرسة الحقوق بمصر، تعلم بالازهر، ثم بدار العلوم، ودرس الشريعة في مدرسة الحقوق مدة ثمان وثلاثين سنة، له كتب منها: مباحث الوقف، ومباحث المرافعات، والأحكام الشرعية - الأعلام: جـ٦ ص٣٦٧.

حكم مشتمل على الصورة التنفيذية)[1]، فينبغي أن يكون الإقرار المسجل بمثابة هذه الصورة وموجباً للتنفيذ، وأما إذا نفذ المدعى عليه ما يقتضيه إقراره فإن الدعوى تنتهي من باب أولى.

ويقاس على الأمثلة المتقدمة كل حالة ينتهي فيها النزاع بين المتخاصمين بأية وسيلة من الوسائل.

وقد وردت هذه الحالات التي تقدم ذكرها في النظم الإجرائية الحديثة، وكذلك ذكرها شراحها، ولكنهم لم يرجعوها إلى ذلك الأصل الذي سبق ذكره، فقد ذكروا من حالات الانقضاء الموضوعي للخصومة الصلح ونزول المدعي عن دعواه وتسليم المدعى عليه بالحق المدعى، والوفاة التي تنقضي بها الخصومة وانعدام موضوع النزاع[2].

وبهذا تكون هذه التشريعات قد اتجهت إلى ما لا يخالف القواعد الفقهية التي أشرنا إليها في هذا الموضوع، وإن لم يصرح شراحها بإرجاعها إلى مثل تلك القواعد، غير أن هنالك مسألة اختلف النظر فيها بين الفقهين، وهي انقضاء الدعوى بتسليم المدعى عليه بطلبات المدعي: فإن شراح القانون يفرقون بين تسليم المدعى عليه، وبين إقراره، من حيث أن التسليم بالحق المدعى به يتضمن الإقرار يضاف إلى تنفيذ مقتضاه من دفع للدين المطلوب أو تسليم للعين المتنازع عليها ونحو ذلك، والتسليم فقط هو الذي تنتهي به الخصومة عندهم، والإقرار لا ينهيها إلا إذا تبعه حكم[3]،وهذا ما لا يتفق مع ما سبق ذكره في الفقه الإسلامي، حيث إنه يرتب على الإقرار وجوب الحق المدعى به من غير ما حاجة لإصدار حكم بمقتضاه.

---

(١) مباحث المرافعات: ص٧٧.

(٢) انظر في ذلك بحثاً للدكتور احمد مسلم في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية بعنوان: التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة – العدد الأول– السنة الثانية– يناير سنة ١٩٦٠م: ص٨٨.

(٣) المرجع السابق: ص٨٩.

المبحث الثاني
في
العوارض التي تفرد بها أهل القانون

وهنالك أسباب أخرى لانقضاء الخصومة في القوانين الوضعية ترجع إلى إهمال أو مخالفة تنظيمات وإجراءات سنتها هذه القوانين وأوجبت اتباعها أثناء سير الخصومة أمام القضاء، فرتبت على هذه المخالفة انقضاء الخصومة كعقاب على المدعي الذي صدرت منه المخالفة، **وفيما يلي بيان ذلك:**

فقد قسم شراح القانون[1] أحوال انقضاء الخصومة إلى : انقضاء موضوعي، وانقضاء إجرائي، والأول يعني انتهاء الخصومة من زاويتها الموضوعيه، أي انتهاء النزاع الذي يعتبر سبباً لها، وكل ما سبق ذكره من حالات يعتبر من قبيل هذا الانتهاء الموضوعي، اللهم إلا ترك الخصومة، فيعتبر صورة من صور الانقضاء الإجرائي، وقد تقدم الكلام عنه.

وأما الانقضاء الإجرائي، فهو انتهاء الخصومة من الناحية الشكلية بما لا يؤثر على موضوع الدعوى وهو الحق المتنازع عليه .

ويختلف الأول عن الثاني من حيث إن الخصومة تنتهي به نهائياً إلى غير رجعة، بينما لا يحول الانقضاء الإجرائي دائماً دون تجديد الخصومة، ويلاحظ أن الانقضاء الموضوعي يؤدي حتماً إلى انقضاء اجرائي، ولكن الانقضاء الإجرائي لا يفض النزاع إلا إذا كانت إجراءات

---

(١) انظر البحث السابق للأستاذ الدكتور احمد مسلم في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية: ص٨٧.

الخصومة قد حققت غايتها بصدور الحكم في موضوع النزاع[1]، والواقع أن الذي يفض النزاع في هذه الحالة هو الحكم وليس الانقضاء الإجرائي، وإنما هذا الأخير أثر من آثار الانتهاء الموضوعي بالحكم.

وأما أحوال الانقضاء الموضوعي فقد تقدم ذكرها، **وأما الانقضاء الإجرائي فقد قسمه بعض الشراح[2] إلى قسمين:**

١- الانقضاء التام: وهذا لا يكون إلا في حالة صدور الحكم الفاصل في الموضوع، حيث تنتهي الخصومة من الناحيتين الشكلية والموضوعية.

٢- الانقضاء الناقص[3]: ويقصد به انتهاء إجراءات الخصومة قبل انتهائها من الناحية الموضوعية.

صور الانقضاء الإجرائي الناقص:

ويرى بعض الشراح أن الخصومة معرضة لهذا الانقضاء في مرحلة نشوئها وانعقادها كما هي معرضة له بعد ذلك:

١- فمن صوره أثناء نشوئها وانعقادها بطلان صحيفة الدعوى سواءً لعيب في تحريرها أم في إعلانها، واعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم قيدها بعد إعلانها، أو لتكرر غياب المدعي رغم إعذاره، والحكم بعدم اختصاص المحكمة، وكذلك الحكم بعدم قبول الدعوى[4].

ولكن قد يقال: إن هذه الصور المذكورة جميعها عبارة عن حالات تخلف فيها بعض شروط صحة المطالبة القضائية، والشرط متقدم على المشروط له من الناحية المنطقية، ففي

---

(١) المرجع السابق.
(٢) المرجع السابق.
(٣) وقد سماه الأستاذ الدكتور احمد مسلم بالانقضاء المبستر – انظر اصول المرافعات: ص٥٤٨ طبع سنة ١٩٦٨م.
(٤) البحث السابق للأستاذ الدكتور احمد مسلم في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية: ص٨٣، ٨٤.

هذه الحالات لم تنشأ الخصومة ولم تنعقد، فلا يجوز اعتبارها صوراً لانقضائها ما دامت لم تولد بعد، لأن الانقضاء والانتهاء صفة لما هو ناشيء وموجود، وبذا يتبين أن اعتبار هذه الموانع من النشوء عوارض للخصومة فيه بعد عن التقسيم المنطقي، وكان الأولى أن تسمى هذه الحالات بموانع انعقاد الخصومة أو نشوئها.

٢- ومن صوره بعد نشوء الخصومة وانعقادها:

أ- اعتبار الدعوى كأن لم تكن، وذلك إذا امتنع المدعي عن تنفيذ ما أمرته به المحكمة، أو لعدم تجديد الدعوى بعد شطبها.

ب- سقوط الخصومة وتقادمها: فإن التشريعات الحديثة تقرر سقوط الخصومة لعدم السير فيها، وقد أخذ فيها بعين الاعتبار ما إذا كان عدم السير في الخصومة ناتجاً عن سبب يتعلق بالمدعي أو لم يكن كذلك:

أولاً: فإذا كان الأول فتقرر هذه التشريعات سقوط الخصومة إذا مضى عليها مدة قصيرة، وكثير منها يحدد هذه المدة بسنة كاملة تحتسب من وقت آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي[1]، وبعضها حددها بأكثر من ذلك[2]، ويشترط لسقوط الخصومة بهذه المدة القصيرة أن يكون التعطيل لسير الخصومة ناشئاً بفعل المدعي أو امتناعه، فلا تسقط الخصومة إذا كان بسبب مانع سماوي لا يد للمدعي فيه[3]، كما يشترط لسقوطها أن تتوقف الخصومة طوال هذه المدة من غير أن يقوم المدعي بأي إجراء صحيح يقصد به موالاة السير فيها[4].

ويلاحظ أن إسقاط الخصومة لا يجوز إلا بناءً على طلب يقدمه المدعى عليه: إما على صورة دفع للدعوى إذا تابع المدعي السير فيها، وإما على صورة دعوى أصلية يطلب فيها إسقاط

---

(١) انظر: المادة ١٣٤ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.
(٢) انظر: المادة ٤٧١ من قانون المرافعات اللبناني حيث حددها بسنتين.
(٣) المرافعات المدنية والتجارية- أبو الوفا: ص٦٦٣ الطبعة التاسعة.
(٤) المرجع السابق، ص٦٦٥، شرح قانون الإجراءات المدنية- عبد الباسط جميعي: ص٣٨٣.

الخصومة[1]. وهذا بناءً على أن هذه التشريعات تعتبر سقوط الخصومة مما يتعلق بمصلحة الخصم وحده، مما يمنع المحكمة من الحكم به من غير طلب يقدم من قبل صاحب المصلحة.

وإذا تعدد المدعى عليهم في الدعوى فيكفي أن يطلب أحدهم إسقاط الخصومة بحيث إذا حكم به استفاد منه الجميع[2]، وإنما يشترط أن يتمسك بالسقوط ضد جميع المدعين وإلا كان الطلب غير مقبول[3].

هذا وهناك أحكام خاصة بمدة السقوط من حيث حسابها ووضعها[4].

ثانياً– وأما إذا كان الثاني بأن طال وقوف الخصومة من غير أن يكون السبب فيه راجعاً إلى المدعي، فإنها تسقط بمدة أطول من المدة المقررة في الحالة السابقة، وقد جعلتها بعض القوانين خمس سنوات[5]، وبعضها جعلتها ثلاث سنوات[6]، ولا يشترط في هذه الحالة أن يكون وقوف السير في الخصومة ناتجاً عن فعل المدعي أو إهماله، وقد قصد من وراء هذا التشريع التخلص من القضايا المهملة[7].

هذا ويترتب على الحكم بسقوط الخصومة –سواءً أكان ذلك بالمدة القصيرة أم بالمدة الأطول– زوالها وزوال جميع آثارها، فتسقط الأحكام الصادرة فيها بإجراء الإثبات، وتلغى جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى، ولكن لا يسقط الحق المدعى ولا الحق في رفع الدعوى من جديد، وكذلك قررت التشريعات الوضعية أنها لا تؤثر على الأحكام

---

(١) انظر المادة ١٣٩ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م. وأصول المرافعات–أحمد مسلم: ص٥٥٣ طبع سنة ١٩٦٨م، المرافعات المدنية والتجارية– أبو الوفا: ص٦٦٧ الطبعة التاسعة.

(٢) المرافعات المدنية والتجارية– أبو الوفا: ص٦٨٥ الطبعة التاسعة.

(٣) انظر المادة ١٣٦ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

(٤) انظر المادة ١٣٦ من القانون السابق، اصول المرافعات–أحمد مسلم: ص٥٥١،٥٥٢ طبع سنة ١٩٦٨م.

(٥) اصول المرافعات–أحمد مسلم: ص٥٥٦ طبع سنة ١٩٦٨م،

(٦) انظر المادة ١٤٠ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

(٧) اصول المرافعات–أحمد مسلم: ص٥٥٦ طبع سنة ١٩٦٨م، شرح قانون الإجراءات المدنية– عبد الباسط جميعي: ص٣٩٢.

القطعية الصادرة في الخصومة، ولا الإجراءات السابقة لتلك الأحكام، وكذلك لا تؤثر على الإقرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التي حلفوها[1].

جـ- ترك الخصومة أو التنازل عنها، وقد تقدم تفصيل هذه الصورة في بداية هذا المبحث.

تلك هي الحالات التي تنتهي فيها الدعوى من الناحية الإجرائية، ويلاحظ أن معظمها جزاءات توقع على المدعي، اللهم إلا حالة واحدة تعود إلى إرادته، وهي حالة ترك الخصومة، كما يلاحظ أنها جزاءات على أحد مسلكين من المدعي وهما:

- إما الخطأ، كما في بطلان صحيفة الدعوى عند الخطأ في تحريرها أو إعلانها، وكما في عدم الاختصاص، فإنه جزاء على الخطأ في رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة.

-وإما الإهمال- كاعتبار الدعوى كأن لم تكن بسبب إهمال المدعي في قيدها أو في تجديدها بعد شطبها، أو في إهماله في الحضور أمام المحكمة بعد إعذاره من المدعى عليه. والإهمال الذي يؤدي إلى هذه الجزاءات يعود: إما إلى إهمال التسلسل الإجرائي وذلك بإهمال خطوة لاحقة بعد خطوة سابقة، ومثاله إهمال قيد الدعوى بعد إعلانها، وإهمال المدعي الحضور بعد إعذاره، وأما إهمال تحريك الخصومة الراكدة، فجزاؤه سقوط الخصومة أو تقادمها كما سبق ذكره.

والظاهر أن الفقهاء المسلمين لم يعنوا كثيراً بحالات الانقضاء الإجرائي التي تقدم تفصيلها، **ويبدو أن ذلك يرجع إلى سببين:**

السبب الأول: أن التنظيم الإجرائي الذي سنته التشريعات الوضعية في سير الخصومة لم يكن موجوداً بهذا التعقيد، ولذلك لم يعرفوا أمثال وقف الخصومة وانقطاعها وشطب الدعوى واعتبارها كأن لم تكن ونحو ذلك، وبالطبع لم يبحثوا بما قد يترتب على هذه الإجراءات، لأنهم لم يعرفوها.

---

(١) انظر المادة ١٣٧ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

السبب الثاني: أن حالات الانقضاء الإجرائي المعروفة في التشريعات الحديثة كجزاءات توقع على المدعي، ليست مجدية في الفقه الإسلامي الذي لا يتبع في رفع الدعوى ولا السير فيها أسلوباً ثقيلاً في كثرة إجراءاته ومصاريفه، ولكنها مجدية في النظم الوضعية التي تتبع مثل هذا الأسلوب.

وأختم عملي هذا بدعاء أتوجه به إلى الله راجياً الاستجابة بفضله وكرمه، فإنه الكريم المنان:

اللهم لا مانع لما أعطيت ولا معطي لما منعت ولا ينفع ذا الجد منك الجد.

اللهم صَلِّ على محمّد وعلى آل محمّد، كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم، وبارك على محمد وعلى آل محمد، كما باركت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم، في العالمين، إنك حميدٌ مجيد.

رَبَّنَا إِنَّنَا سَمِعْنَا مُنَادِياً يُنَادِي لِلإِيمَانِ أَنْ آمِنُواْ بِرَبِّكُمْ فَآمَنَّا ، رَبَّنَا فَاغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا وَكَفِّرْ عَنَّا سَيِّئَاتِنَا وَتَوَفَّنَا مَعَ الأَبْرَارِ.

رَبَّنَا لاَ تُؤَاخِذْنَا إِن نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ، رَبَّنَا وَلاَ تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْراً كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا ، رَبَّنَا وَلاَ تُحَمِّلْنَا مَا لاَ طَاقَةَ لَنَا بِهِ ، وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنتَ مَوْلاَنَا فَانْصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ.

اللهم بنورك اهتدينا، وبفضلك استغنينا، وفي كنفك أصبحنا وأمسينا، أنت الأول فلا شيء قبلك، وأنت الآخر، فلا شيء بعدك، نعوذ بك من الفشل والكسل .

اللهم نبهنا بذكرك في أيام الغفلة، واستعملنا بطاعتك في أيام المهلة، وانهج لنا إلى رحمتك طرقاً سهلة.

اللهم اجعلنا ممن آمن بك فهديته، وتوكل عليك فكفيته، وسألك فأعطيته.

اللهم املأ وجوهنا منك حياء، وقلوبنا إيماناً يذلل جوارحنا لخدمتك، ويجعلك أحبَّ إلينا ممن سواك، ويجعلنا أخشى لك ممن سواك.

اللهم أنت ربنا، لا إله إلا أنت، خلقتنا ونحن عبادك، وإنا على عهدك ووعدك ما استطعنا، نعوذ بك من شر ما صنعنا، نبوء لك بنعمتك علينا، ونبوء بذنوبنا، فاغفر لنا، إنه لا يغفر الذنوب إلا أنت.

اللهم رب كل شيء، وخالق كل شيء، ومالك كل شيء، ومقدر كل شيء، نسألك أن ترزقنا علماً نافعاً، ورزقاً واسعاً، وقلباً خاشعاً، ولساناً صادقاً، وعملاً زاكياً، وإيماناً خالصاً.

اللهم اهدنا إلى الحق، واجعلنا من أهله، وأعلنا به.

اللهم اقسم لنا من خشيتك ما تحول به بيننا وبين معاصيك، ومن طاعتك ما تبلغنا به جنتك، ومن اليقين ما تهون به علينا مصائب الدنيا والآخرة.

اللهم إن لنا إليك حاجة، وبنا إليك فاقة، فما كان منا من تقصير فاجبره بسعة عفوك، وتجاوز عنه بفضل رحمتك، واقبل منا ما كان صالحاً، وأصلح منا ما كان فاسداً، فإنه لا مانع لما أعطيت، ولا معطي لما منعت، إليك نشكو قساوة قلوبنا، وجمود عيوننا، وطول آمالنا، واقتراب آجالنا، وكثرة ذنوبنا، فنعم المشكو إليه أنت، فارحم ضعفنا، وأعطنا لمسكنتنا، ولا تحرمنا لقلة شكرنا، فما لنا إليك شافع أرجى في أنفسنا منك، فارحم تضرعنا، واجعل خوفنا كله منك، ورجاءنا كله فيك.

وأسأل اللّه العظيم، ربّ العرش العظيم أن يجعله لوجهه خالصاً، وأن يجعله حجة لنا، لا علينا، وأن يختم لنا بخير أجمعين. ونسأله سبحانه وتعالى الكريم المنان أن يخلصنا ويخلص بنا، وأن يعافينا من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا. ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم.

آمين يا رب العالمين

وصلّى اللّه على سيدنا محمد خاتم النبيين، وإمام المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين، والحمد لله رب العالمين، وحسبنا اللّه ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا باللّه العلي العظيم.

المـــراجـــع

القرآن الكريم:

١- كتب التفسير
٢- كتب الحديث
٣- كتب اللغة
٤- كتب أصول الفقه
٥- كتب الفقه الحنفي
٦- كتب الفقه المالكي
٧- كتب الفقه الشافعي
٨- كتب الفقه الحنبلي
٩- كتب المذاهب غير الأربعة
١٠- كتب المصطلحات والفقه العام
١١- كتب عامة وحديثة في الشريعة
١٢- كتب القانون
١٣- كتب السير والتاريخ والتراجم

ملحوظات:

١- أغفلت ذكر بعض المراجع في هذه الجريدة، خصوصاً التقنينات والمجلات والفهارس والكشافات التي أرشدت إلى مظان البحث.

٢- رجعت في بعض الكتب إلى أكثر من طبعة، والذي اعتمدته منها أذكره في هذه الجريدة، وما عداه ذكرته في الهامش.

٣- اتخذت بعض الأحرف في الهامش كاصطلاحات تجنباً للتطويل وهي:
جـ=جزء، ص= صفحة، ق= ورقة في مخطوط، أ= الوجه الأول من ورقة المخطوط، ب= الوجه الثاني من ورقة المخطوط، م=مادة قانونية.

(١) كتب التفسير:

١- تفسير القرآن العظيم -ابو الفدا إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (٧٧٤هـ) مطبعة عيسى البابي الحلبي.

٢- جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري) - أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (٣١٠هـ) مطبعة دار المعارف بمصر، تحقيق محمود شاكر.

٣- الجامع لأحكام القرآن الكريم (تفسير القرطبي) - محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (٦٧١هـ)، طبعة الشعب.

٤- قلائد الدرر في بيان آيات الأحكام بالأثر - الشيخ أحمد الجزائري (١١٥١هـ)، مطبعة النعمان-النجف الأشرف، سنة ١٣٨٣هـ.

٥- مفاتيح الغيب (التفسير الكبير) - محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن الرازي (٦٠٦هـ) المطبعة الخيرية-الطبعة الأولى، سنة ١٣٠٨هـ.

٦- المفردات في غريب القرآن ـ أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (٥٠٢هـ). مطبعة مصطفى الحلبي، سنة ١٣٨١هـ-١٩٦١م تحقيق محمد سيد الكيلاني.

(٢) كتب الحديث

٧-أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام - أبو الفتح محمد بن علي بن وهب تقي الدين القشيري الشهير بابن دقيق العيد (٧٠٢هـ) مطبعة الشرق، سنة ١٣٤٢هـ.

٨- بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن - أحمد بن عبد الرحمن البنا الشهير بالساعاتي مطبعة الأنوار بمصر-الطبعةالأولى، سنة ١٣٦٩هـ.

٩- التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول - منصور علي ناصف، مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة-الطبعة الثانية وبذيله غاية المأمول شرح التاج الجامع للأصول للمؤلف .

١٠- الترغيب والترهيب من الحديث - عبد العظيم بن عبد القوي المنذري (٦٥٦هـ)، مطبعة مصطفى الحلبي- الطبعة الثالثة سنة ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨م.

١١- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير (٦٢٣هـ) - أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، شركة الطباعة الفنية المتحدة، سنة ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م.

١٢- الجامع الصحيح (سنن الترمذي) ـ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (٢٧٩هـ)، مطبعة مصطفى الحلبي، سنة ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

١٣- جامع مسانيد أبي حنيفة (١٥٠هـ) ـ أبو المؤيد محمد بن محمود الخوارزمي (٦٥٥هـ)، مطبعة مجلس دائرة المعارف- الهند سنة ١٣٣٢هـ.

١٤- الجوهر النقي في الرد على البيهقي (٤٥٨هـ) - علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني (٧٥٠هـ)، مطبوع في ذيل السنن الكبرى للبيهقي.

١٥- جواهر الأخبار المستخرجة من لجة البحر الزخار - محمد بن يحيى بهران (٩٥٧هـ)، مطبوع بذيل البحر الزخار.

١٦- الدراية في تخريج أحاديث الهداية - أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) المطبعة العالمية- القاهرة.

١٧- راموز الأحاديث - الشيخ ضياء الدين أحمد الكشميخناوي، مطبعة قشلة همايون بك- الآستانه، سنة ١٢٧٥هـ.

١٨- سبل السلام - محمد بن إسماعيل الصنعاني (١١٨٢هـ)، مطبعة محمد على صبيح، سنة ١٣٤٥هـ .

١٩- سنن ابن ماجة ـ محمد بن يزيد القزويني (٢٧٣هـ) ، مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة، سنة ١٣٧٣هـ-١٩٥٤م. تحقيق وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي.

٢٠- سنن الدارقطني - علي بن عمر الدارقطني (٣٨٥هـ)، دار المحاسن للطباعة بالقاهرة، سنة ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م وبذيله التعليق المغني على الدارقطني لأبي الطيب محمد شمس الحق.

٢١- سنن الدارمي - أبو محمد عبدالله بن عبد الرحمن الدارمي (٢٥٥هـ)، شركة الطباعه الفنية المتحدة. تحقيق عبدالله هاشم يماني المدني.

٢٢- السنن الكبرى - أحمد بن الحسين البيهقي (٤٥٨هـ)، مطبعة مجلس دائرة المعارف- حيدر أباد بالهند سنة ١٣٥٥هـ وبذيله الجوهر النقي في الرد على البيهقي لابن التركماني.

٢٣- سنن المصطفى (سنن أبي داود) - أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأسدي (٢٧٥هـ)، مطبعة السعادة-الطبعة الثانية، سنة ١٣٦٩هـ-١٩٥٠م، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد.
٢٤- سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي (١١٣٨هـ) - أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (٣٠٣هـ)، المطبعة المصرية بالأزهر - الطبعة الأولى، سنة ١٣٥١هـ-١٩٣٢م.
٢٥- صحيح البخاري مع حاشية السندي - محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦هـ)، المطبعة العثمانية بمصر- الطبعة الأولى، سنة ١٣٥١هـ-١٩٣٢م. وبهامشه حاشية السندي وتقريرات أخرى.
٢٦- صحيح مسلم بشرح النووي - مسلم بن الحجاج القشيري (٢٦١هـ)، والشرح ليحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ) ، المطبعة المصرية بالقاهرة-الطبعة الأولى سنة ١٣٤٩هـ-١٩٣٠م.
٢٧- عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب أبي حنيفة - محمد مرتضى الحسيني (١٢٠٥هـ)، المطبعة الوطنية بثغر اسكندرية-الطبعة الأولى، سنة ١٢٩٢هـ.
٢٨- فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري - أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، المطبعة البهية المصرية، سنة ١٣٤٨هـ.
٢٩- الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد الشيباني - أحمد بن عبدالرحمن البنا الشهير بالساعاتي، الطبعة الأولى، سنة ١٣٧١هـ.
٣٠- الفتح الكبير في ضم الزيادات إلى الجامع الصغير - وهما للجلال السيوطي(٩١١هـ)، جمع يوسف النبهاني(١٣٥٠هـ).مطبعة مصطفى وعيسى الحلبي بالقاهرة سنة ١٣٥١هـ.
٣١- الكنز الثمين في أحاديث النبي الأمين - أبو الفضل عبدالله بن محمد الصديق الحسني ، مطبعة السعادة، سنة ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.
٣٢- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال - الشيخ علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين (٩٧٥هـ)، دار المعارف النظامية-حيدر أباد بالهند، سنة ١٣١٢هـ.
٣٣-مجمع الزوائد ومنبع الفوائد - نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (٨٠٧هـ)، نشر مكتبة القدسي بمصر، سنة ١٣٥٣هـ.
٣٤- مختصر سنن أبي داود - عبد العظيم بن عبد القوي المنذري(٦٥٦هـ)، مطبعة السنة المحمدية.
٣٥- مختصر صحيح مسلم - عبد العظيم بن عبد القوي المنذري(٦٥٦هـ)، الطبعة الأولى، سنة ١٣٨٨هـ-١٩٦٩م. بإشراف الدار الكويتية للطباعة والنشر والتوزيع.
٣٦- مسالك الدلالة في شرح متن الرسالة - أبو الفيض أحمد بن محمد بن الصديق الغماري ، دار العهد الجيد للطباعة-الطبعة الأولى سنة ١٧٧٤هـ-١٩٥٤م. تصحيح ومراجعة عبدالله الصديق الغماري.
٣٧- مصابيح السنة - الحسين بن مسعود البغوي الشافعي (٥١٦هـ)، المطبعة الخيرية العامرة، سنة١٣١٨هـ.
٣٨- المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) - المطبعة العصرية بالكويت، الطبعة الأولى، سنة ١٣٩٠هـ-١٩٧٠م.
٣٩- معالم السنن، أبو سليمان حمد بن محمد البستي الخطابي (٣٨٨هـ)، المطبعة العلمية بحلب-الطبعة الأولى، سنة ١٣٥٢هـ-١٩٣٣م.
٤٠- المنتقى من السنن المسندة عن سيدنا رسول الله ﷺ، أبو محمد عبدالله بن علي الجارود النيسابوري (٣٠٧هـ)، طبعة حيدر أباد بالهند - الطبعة الأولى سنة ١٣٠٩هـ.
٤١- موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان (٣٥٤هـ)، نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (٨٠٧هـ)، المطبعة السلفية، ١٣٥١هـ، تحقيق محمد عبد الرزاق حمزة.
٤٢- الموطأ الإمام مالك بن أنس (١٧٩هـ) ، طبعة دار الشعب، سنة ١٩٧٠م.

٤٣ نصب الراية لأحاديث الهداية، عبدالله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢هـ)، مطبعة دار المأمون بشبرا- الطبعة الأولى، سنة ١٣٤٧هـ/١٩٣٨م-وبذيله بغية الألمعي في تخريج الزيلعي.
٤٤- نيل الأوطار محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠هـ)، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة-الطبعة الثالثة، سنة ١٩٦١م.

(٣) كتب اللغة

٤٥- أساس البلاغة محمود بن عمر الزمخشري (٥٣٨هـ)، طبعة دار الشعب، سنة ١٩٦٠م.
٤٦- تاج العروس شرح القاموس محمد مرتضى الزبيدي (١٢٠٥هـ) المطبعةالخيرية-الطبعة الأولى، سنة ١٣٠٦هـ.
٤٧- تاج اللغة وصحاح العربية إسماعيل بن حماد الجوهري (٣٩٢هـ)، مطابع دار الكتاب العربي بمصر. تحقيق أحمد عبد الغفور.
٤٨- القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي (٨١٧هـ) المطبعة الحسينية، (سنة ١٣٣٠هـ).
٤٩- لسان العرب محمد بن بكر بن منظور المصري (٧١١هـ) دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر، سنة١٣٧٥هـ-١٩٥٦م.
٥٠- مختار الصحاح محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (٦٦٦هـ). المطبعة الأميرية-الطبعة السادسة.
٥١- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي (٦٢٣هـ)، احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي (٧٧٠هـ)، المطبعة الأميرية بالقاهرة -الطبعة السابعة، سنة ١٩٢٨م.
٥٢- معجم مقاييس اللغة أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥هـ) ، مطبعة عيسى الحلبي -الطبعة الأولى- سنة ١٣٦٦هـ، تحقيق عبد السلام محمد هارون.
٥٣- النظم المستعذب في شرح غريب المهذب محمد بن أحمد بن بطال الركبي (٣٦٠هـ) وهو مطبوع بذيل المهذب.

(٤) كتب أصول الفقه

٥٤- الأحكام في أصول الأحكام علي بن أبي علي بن محمد الآمدي (٦٣١هـ)، مطبعة محمد علي صبيح بالقاهرة.
٥٥- إرشاد الفحول محمد بن علي بن محمد الشوكاني (١٢٥٠هـ) ، مطبعة مصطفى الحلبي-الطبعة الأولى، سنة ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م.
٥٦- الرسالة الإمام محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤هـ). مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة-الطبعة الأولى، سنة ١٣٥٨هـ. تحقيق أحمد شاكر.
٥٧- شرح مختصر المنتهى لابن الحاجب (٦٤٦هـ) القاضي عضد الملة (٧٥٦هـ)، المطبعة الأميرية ببولاق- الطبعة الأولى، سنة ١٣١٧هـ.
٥٨- علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، عبد الوهاب خلاف، مطبعة النصر، سنة ١٣٧٧هـ.
٥٩- فتح الرحمن على متن لقطة العجلان وبلة الظمآن للإمام محمد بن عبدالله الزركشي الشافعي (٧٩٤هـ) ابو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري (٩٢٦هـ) ، مطبعة النيل بمصر-الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٨هـ وبهامشه حاشية العلامة الشيخ يس.

٦٠- القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية أبو الحسن علي بن عباس البعلي الحنبلي المعروف بابن اللحام (٨٠٣هـ). مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، سنة ١٣٧٥هـ-١٩٥٦م تحقيق محمّد حامد الفقي.
٦١- مقاصد الشريعة الإسلامية محمد الطاهر بن عاشور، المطبعة الفنية بتونس-الطبعة الأولى، سنة ١٣٦٦هـ.
٦٢- الموافقات أبو اسحق إبراهيم بن موسى اللخمي الشهير بالشاطبي(٧٩٠هـ). المطبعة السلفية بمصر، سنة ١٣٤١هـ، وعليه تعليق للاستاذ محمد الخضر حسين التونسي.

(٥) كتب الفقه الحنفي:

٦٣- أدب القاضي، أبو عبدالله بن الحسين الناصحي (٤٥٠هـ) مخطوط بدار الكتب (طلعت ٤٦٣).
٦٤- الأشباه والنظائر زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (٩٧٠هـ)، المطبعة الحسينية بمصر، سنة ١٣٢٢هـ.
٦٥- الإيضاحات الجلية فيما تصح به الدعاوي الشرعية عبدالفتاح بن إبراهيم بن محمد الأدريسي الرشيدي(١٣٠٠هـ)، المطبعة الدمياطية بالمنصورة، سنة ١٣١٨هـ-١٩٠١م.
٦٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لعبدالله بن أحمد النسفي (٧١٠هـ) زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (٩٧٠هـ)، مطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر، سنة ١٣٣٣هـ.
٦٧- بدائع الصنائع علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (٥٨٧هـ)، مطبعة الجمالية بالقاهرة، سنة ١٣٢٨هـ/١٩١٠م.
٦٨- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - أبو محمّد فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (٧٤٣هـ) المطبعة الاميرية - الطبعة الأولى سنة ١٣١٤هـ.
٦٩- تحفة الفقهاء أبو بكر علاء الدين محمّد بن أحمد السمرقندي (٥٤٠هـ) ، مطبعة جامعة دمشق، تحقيق محمد زكي عبد البر.
٧٠- جامع أحكام الصغار - محمّد بن محمود الاستروشني (٦٣٢هـ)، مطبوع على هامش جامع الفصولين.
٧١- جامع الفصولين - محمود بن إسرائيل الرومي الشهير بابن قاضي سماوة (٨١٨هـ)، المطبعة الأزهرية- الطبعة الأولى، سنة ١٣٠٠هـ. وبذيله حاشية اللآلي الدرية في الفوائد الخيرية لخير الدين الرملي وابنه نجم الدين الرملي، وبهامشه جامع أحكام الصغار لمحمد بن محمود الاستروشني.
٧٢- الجامع الكبير- الإمام أبو عبدالله محمّد بن الحسن الشيباني (١٨٩هـ)، مطبعة الاستقامة-الطبعة الأولى، سنة ١٣٥٦هـ.
٧٣- جواهر الروايات ودرر الدرايات في الدعاوي والبينات، محمّد سليم البشتاوي قاضي محكمة المنصورة، المطبعة العامرة الشرفية، سنة ١٣١٩هـ.
٧٤- حاشية سعد جلبي - سعدالله بن عيسى بن أمير خان الرومي (٩٤٥هـ) مطبوع بذيل فتح القدير وشرح البابرتي على الهداية وهي تعليقات على العناية جمعها تلميذه المولى عبد الرحمن بن علي.
٧٥- حاشية الشلبي على تبيين الحقائق - شهاب الدين أحمد الشلبي، مطبوع على هامش تبيين الحقائق.
٧٦- الدر المنتقى في شرح الملتقى - علاء الدين الحصكفي (١٠٨٨هـ). مطبوع على هامش مجمع الأنهر.
٧٧- درر الحكام في شرح غرر الأحكام- محمّد بن فراموز بن علي الشهير بمنلاخسرو (٨٨٥هـ)، المطبعة العامرة الشرفية، سنة ١٣٠٤هـ. وعلى هامشه الحاشية المسماة بغنية ذوي الأحكام في بغية درر الأحكام للعلامة حسن بن عمار بن علي الوفائي الشرنبلالي (أتم تأليفها سنة ١٠٣٥هـ).

٧٨- رد المحتار على الدر المختار للحصكفي (١٠٨٨هـ) شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي (١٠٠٤هـ) - محمّد أمين عابدين بن عمر عابدين، مطبعة مصطفى الحلبي، سنة ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م وبأسفله تقارير لبعض العلماء.

٧٩- الرسائل الزينية في فقه الحنفية - زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (٩٧٠هـ) وهي أربعون رسالة للمذكور جمعها ابنه احمد وهي مخطوطة بدار الكتب برقم ٢٣٨ق ورقم ٤٧٩ فقه حنفي.

٨٠- روضة القضاة وطريق النجاة - أبو القاسم علي بن محمّد بن أحمد السمناني (٤٩٩هـ)، مخطوط بدار الكتب (فقه حنفي ٦٠م).

٨١- شرح أدب القاضي للخصاف (٢٦١هـ) ، أبو محمّد عمر بن عبد العزيز المعروف بالحسام الشهيد(٥٣٦هـ). مخطوط بدار الكتب (فقه حنفي ٢١١٧).

٨٢- شرح منلامسكين على كنز الدقائق - معين الدين الهروي المعروف بمنلامسكين (٨٥٠هـ)، المطبعة الحسينية المصرية- الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٨هـ.

٨٣- صرة الفتاوي - صادق بن محمّد بن علي (من علماء القرن الحادي عشر الهجري). مخطوط في الأزهرية (٢٣١٢) حليم ٣٣١٩٣ .

٨٤- عدة أرباب الفتوى في مذهب الإمام الأعظم- السيد عبدالله أسعد (مفتي المدينة المنورة)، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعةالأولى - سنة ١٣٠٤هـ.

٨٥- العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية محمّد أمين عابدين بن عمر عابدين(١٢٥٢هـ)، المطبعة العامرة الأميرية ببولاق- الطبعة الثانية سنة ١٣٠٠هـ.

٨٦- العناية على الهداية محمّد بن محمّد بن محمود أكمل الدين البابرتي (٧٨٦هـ)، مطبوع بهامش فتح القدير.

٨٧- الفتاوي الطرسوسية (أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل)، إبراهيم بن علي بن أحمد الطرسوسي (٧٥٢هـ)، مطبعة الشرق، سنة ١٣٤٤هـ/١٩٢٦م.

٨٨- الفتاوي العالمكيرية المعروفة بالفتاوي الهندية، تأليف جماعة من علماء الهند كان رئيسهم العلامة الشيخ نظام، وذلك بأمر السلطان أبي المظفر محيي الدين أورنك زيب بهادر عالم كير. المطبعة الكاستلية بمصر، سنة ١٢٨٢هـ.

٨٩- فتح القدير في شرح الهداية للمرغيناني (٥٩٣هـ)، ابن الهمام كمال الدين محمّد بن عبد الواحد بن عبد الحميد (٨٦١هـ)، مطبعة مصطفى محمّد صاحب المكتبة التجارية الكبرى بمصر، سنة ١٣٥٦هـ. وبهامشه العناية شرح الهداية للبابرتي، وبذيله حاشية سعد الله الجلبي على العناية.

٩٠- فصل القضية في المرافعات وصور التوثيقات والدعاوي الشرعية - محمود محمّد خطاب السبكي (١٣٥٢هـ) طبع سنة ١٣٣٠هـ/١٩١٢م.

٩١- الفصول الاستروشنية في فروع الحنفية في المعاملات - محمّد بن محمود الاستروشني (٦٣٢هـ)، مخطوط بدار الكتب (١٣١٧ فقه حنفي) .

٩٢- الفصول العمادية - أبو الفتح عبد الرحيم بن أبي بكر بن عبد الجليل ابن خليل المرغيناني السمرقندي (قيل: هو أخ لصاحب الهداية علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣هـ، وقيل حفيده). مخطوط بدار الكتب (فقه حنفي ٣٠٩).

٩٣- الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضية الحكمية - محمّد بن محمّد بن خليل المعروف بابن الغرس (٨٩٤هـ)، مطبوع مع المجاني الزهرية.

٩٤- قرة عيون الأخيار (تكلمة رد المحتار)، محمّد علاء الدين عابدين (١٣٠٦هـ)، المطبعة العثمانية، سنة ١٣٢٧هـ.
٩٥- القول لمن، عطاء الله بن نوعي، مخطوط في الأزهرية (٢٣٤٨) ٣٣٢٢٩.
٩٦- كتاب يتعلق بالقضاء والحكام - محمّد بن عبدالله بن أحمد الخطيب العمري التمرتاشي الغزي (١٠٠٤هـ)، مخطوط بدار الكتب (١٤١٥ فقه حنفي).
٩٧- اللآلي الدرية في الفوائد الخيرية - تقريرات وحواشي لخير الدين الرملي على جامع الفصولين جمعها ورتبها ابنه نجم الدين الرملي. وهي مطبوعة بذيل جامع الفصولين.
٩٨- لسان الحكام في معرفة الأحكام، أبو الوليد إبراهيم بن محمّد المعروف بابن الشحنة الحلبي (٨٨٢هـ)، مطبعة جريدة البرهان بالاسكندرية سنة ١٢٩٩هـ.
٩٩- المبسوط - محمّد بن أحمد أبو بكر شمس الأئمة السرخسي (مات في حدود ٤٩٠هـ وقيل في حدود ٥٠٠هـ) ، مطبعة السعادة بمصر- الطبعةالأولى.
١٠٠- المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، محمّد صالح بن عبد الفتاح بن إبراهيم الجارم ، مطبعة النيل بشارع محمّد علي بالقاهرة.
١٠١- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للحلبي (٩٥٦هـ)- عبد الرحمن بن محمّد بن سليمان المدعو بشيخي زادة (١٠٨٧هـ)، المطبعة العثمانية- الطبعة الأولى سنة ١٣٢٧هـ.
١٠٢- مرآة المجلة، يوسف آصاف (١٩٣٨م) المطبعة العمومية بمصر، سنة ١٨٩٤م.
١٠٣- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام - علي بن خليل الطرابلسي (٨٤٤هـ)، المطبعة الأميرية ببولاق- الطبعة الأولى، سنة ١٣٠٠هـ.
١٠٤- منحة الخالق علىالبحر الرائق - محمّد أمين عابدين بن عمر عابدين (١٢٥٢هـ)، مطبوع مع البحر الرائق.
١٠٥- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح القدير)- شمس الدين أحمد بن محمود الرومي المعروف بقاضي زادة (٩٨٨هـ)، مطبعة المكتبة التجارية بمصر، سنة ١٣٥٦هـ.
١٠٦- وظائف القضاة وترجيح إحدى البينات - الحسن بن الحسن. المطبع الحيدري باليمن.
١٠٧- الهداية - علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (٥٩٣هـ)، مطبعة المكتبة التجارية بمصر، سنة ١٣٥٦هـ، مطبوع مع فتح القدير.

(٦) كتب الفقه المالكي

١٠٨- الأحكام في تمييز الفتاوي من الأحكام وتصرفات القاضي والإمام- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (٦٨٤هـ). مطبعة الأنوار بمصر- الطبعة الأولى، سنة ١٣٥٧هـ/١٩٣٨م.
١٠٩- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، أبو بكر بن حسن الكشناوي، مطبعة عيسى الحلبي- الطبعة الأولى.
١١٠- الإشراف على مسائل الخلاف: القاضي عبد الوهاب بن علي البغدادي (٤٣٣هـ). مطبعة الإرادة.
١١١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - محمّد بن أحمد بن محمّد بن رشد الحفيد (٥٩٥هـ). مطبعة الكليات الأزهرية بمصر، سنة ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م.
١١٢- البهجة في شرح التحفة - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي (١٢٥٨هـ). المطبعة البهية بمصر.
١١٣- التاج والإكليل لمختصر خليل (٧٧٦هـ).- أبو عبدالله محمّد بن يوسف الشهير بالمواق (٨٩٧هـ). مطبوع على هامش مواهب الجليل.

١١٤- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام - إبراهيم بن علي بن فرحون المدني (٧٩٩هـ). مطبعة مصطفى الحلبي، سنة ١٣٧٨هـ/١٩٥٨م. مطبوع على هامش فتح العلي المالك.
١١٥- تحفة الحكام- أبو بكر محمّد بن محمّد بن عاصم الأندلسي . مطبوع مع البهجة للتسولي.
١١٦- تهذيب الفروق، محمّد علي بن حسين مفتي المالكية (أحد علماء القرن الرابع عشر الهجري). مطبوع على هامش الفروق للقرافي.
١١٧- حاشية الأمير (ضوء الشموع على شرح المجموع) -محمّد بن محمّد السنباوي المشهور بالأمير (١٢٣٢هـ). المطبعة البهية الشرفية، سنة ١٣٠٤هـ.
١١٨- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير -محمّد عرفة الدسوقي (١٢٣٠هـ). مطبعة عيسى الحلبي بمصر.
١١٩- حاشية الرهوني على شرح الزرقاني (١٠٩٩هـ) -محمّد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني . المطبعة الأميرية ببولاق- الطبعة الأولى سنة ١٣٠٦هـ.
١٢٠- حاشية العدوي على شرح الإمام أبي الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني (٣٨٦هـ) -الشيخ علي الصعيدي العدوي (١١٨٩هـ) ، مطبعة المشهد الحسيني بالقاهرة.
١٢١- حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم- أبو عبدالله محمّد التاودي (١٢٦٦هـ). مطبوع على هامش البهجة للتسولي.
١٢٢- شرح حدود الإمام محمّد بن عرفة (٨٠٣هـ)- محمّد الأنصاري المشهور بالرصاع التونسي (٨٩٤هـ)، المطبعة التونسية بتونس- الطبعة الأولى، سنة ١٣٥٠هـ.
١٢٣- شرح الخرشي على مختصر خليل -أبو عبدالله محمّد الخرشي (١١٠١هـ)، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق- الطبعةالثانية، سنة ١٣١٧هـ. وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي.
١٢٤- الشرح الكبير على مختصر خليل -أحمد الدردير (١٢٠١هـ)، مطبوع على هامش حاشية الدسوقي.
١٢٥- الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، محمّد العزيز جعيط- وزير العدلية وشيخ الإسلام المالكي بالديار التونسية (القرن الرابع عشر الهجري). مطبعة الإرداة بتونس، الطبعة الثانية.
١٢٦- العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام -سلمون بن علي بن عبدالله بن سلمون الكناني الغرناطي (٧٦٧هـ). المطبعة العامرة الشرفية- الطبعة الأولى، سنة ١٣٠١هـ وهو مطبوع على هامش تبصرة الحكام.
١٢٧- فتح الرحيم على فقه الإمام مالك بالأدلة، محمّد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني. دار الطباعة المحمدية بالأزهر، الطبعة الأولى سنة ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م. وبهامشه تبصرة الحكام لابن فرحون.
١٢٨- فتح العلي المالك - أبو عبدالله محمّد أحمد عليش (١٢٩٩هـ) مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة - سنة ١٣٧٨هـ/١٩٥٨م، وبهامشه تبصرة الحكام لابن فرحون.
١٢٩- الفروق (أنوار البروق في أنوار الفروق)- أحمد بن إدريس القرافي (٦٨٤هـ). مطبعة عيسى الحلبي بمصر- الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦هـ. وبهامشه تهذيب الفروق.
١٣٠- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي (١١٢٥هـ). مطبعة السعادة-الطبعة الأولى، سنة ١٣٣١هـ.
١٣١- القوانين الفقهية (قوانين الأحكام الشرعية)- محمّد بن أحمد بن محمّد بن جزي الكلبي (٧٤١هـ). مطبعة النهضة بتونس، سنة ١٣٤٤هـ/١٩٢٦م.

١٣٢- القول المرتضى في أحكام القضاء -محمّد بن عبد الرحمن البرلسي. مخطوط بدار الكتب (١٣٦ فقه مالك).
١٣٣- كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني- الشيخ على أبو الحسن الشاذلي (القرن العاشر الهجري). مطبوع بهامش حاشية علي العدوي.
١٣٤- لب اللباب- أبو عبدالله ابن راشد البكري، المطبعة التونسية بتونس، سنة ١٣٤٦هـ.
١٣٥- المجموع الفقهي، محمّد الأمير (١٢٣٢هـ). المطبعة البهية الشرفية بالقاهرة- سنة ١٣٠٤هـ، وعليه حاشية الأمير.
١٣٦- المدونة الكبرى- الإمام مالك بن أنس(١٧٩هـ)، المطبعة الخيرية- الطبعة الأولى.
١٣٧- المقدمات الممهدات- أبو الوليد محمّد بن أحمد بن رشد الجد (٥٢٠هـ). مطبعة السعادة بمصر- الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٥هـ.
١٣٨- منح الجليل على مختصر خليل- أبو عبدالله محمّد أحمد عليش (١٢٩٩هـ). المطبعة العامرة بالقاهرة، سنة ١٢٩٤هـ، وبهامشه تسهيل منح الجليل.
١٣٩- مواهب الجليل شرح مختصر خليل- محمّد بن محمّد المعروف بالحطاب (٩٥٤هـ)، مطبعة السعادة بمصر- الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٩هـ، وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل.
١٤٠- ياقوتة الحكام في مسائل القضاء والأحكام- ملك المغرب مولانا عبد الحفيظ، المطبعة المولوية بفاس العليا- الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٧هـ.

(٧) كتب الفقه الشافعي

١٤١- أدب القضاء(الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات)- أبو إسحاق إبراهيم بن عبدالله بن عبد المنعم المعروف بابن أبي الدم (٦٤٢هـ)، مخطوط بدار الكتب (فقه حنفي١٢ حليم) وهو فقه شافعي.
١٤٢- أدب القضاء- شرف الدين عيسى بن عثمان بن عيسى الغزي (٧٩٩هـ) مخطوط بدار الكتب (٩٠٧ فقه شافعي).
١٤٣-الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي(٩١١هـ). طبع بمكة، سنة ١٣٣١هـ.
١٤٤- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين- أبو بكر المشهور بالسيد البكري ابن السيد محمّد . المطبعة الخيرية- الطبعةالأولى، سنة ١٣٢٠هـ. وبهامشه فتح المعين بشرح قرة العين للمليباري.
١٤٥- الأعلام والاهتمام بجمع فتاوي شيخ الإسلام - أبو يحيى زكريا بن محمّد الأنصاري (٩٢٦هـ)، مطبعة الترقي بدمشق.
١٤٦- الأم-الإمام أبو عبدالله محمّد بن إدريس الشافعي (٢٠٤هـ). المطبعة الأميرية ببولاق- الطبعة الأولى سنة ١٣٢٤هـ.
١٤٧- تحفة المحتاج بشرح المنهاج- أحمد بن حجر الهيثمي (٩٧٢هـ) ، مطبوع على هامش حاشيتي الشرواني والعبادي.
١٤٨- ترشيح المستفيدين بتوشيح فتح المعين: علوي بن السيد أحمد بن عبدالرحمن السقاف مطبعة دار الكتب العربية الكبرى ١٣٣٠هـ.
١٤٩- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: محمّد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي (٨٩٠هـ) مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، سنة ١٣٧٤هـ/١٩٥٥م.

١٥٠- حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي: الشيخ ابراهيم الباجوري (١٢٧٦هـ)، مطبعة السعادة- الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٨هـ/١٩١٠م.

١٥١- حاشية البرماوي على شرح ابن القاسم الغزي: برهان الدين الشيخ ابراهيم البرماوي المطبعة الأزهرية المصرية- الطبعة الأولى، سنة ١٣١٩هـ وبهامشه تقارير العلامة الشيخ محمّد الأنبابي.

١٥٢-حاشية الجمل على شرح المنهج الأنصاري: الشيخ سليمان الجمل (١٢٠٤هـ) مطبعة المكتبة التجارية بالقاهرة، سنة ١٣٥٧هـ.

١٥٣- حاشية الشرقاوي على شرح التحرير للأنصاري، عبدالله بن حجازي المشهور بالشرقاوي (١٢٢٦هـ). المطبعة الأزهرية- الطبعةالأولى، سنة ١٣٠٥هـ.

١٥٤- حاشية عميرة على شرح جلال الدين المحلي للمنهاج -شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة(٩٥٧هـ). مطبعة مصطفى الحلبي - الطبعةالثالثة، سنة ١٣٧٥هـ/١٩٥٦م.

١٥٥- حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي للمنهاج -شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي (١٠٦٩هـ). مطبوع مع حاشية عميرة.

١٥٦- الحاوي الكبير(شرح مختصر المزني) علي بن محمّد بن حبيب الماوردي(٤٥٠هـ). مخطوط بدار الكتب (٥٠١ فقه شافعي).

١٥٧- حواشي العلامتين على تحفة المحتاج - عبدالحميد الشرواني، أحمد بن القاسم العبادي. المطبعة الميمنية بمصر- الطبعة الثالثة ، سنة ١٣١٥هـ.

١٥٨- الديباج المذهب في أحكام المذهب في آداب القضاء - لم يعلم مؤلفه، ولكنه ينقل كثيرا عن شيخه الجلال البلقيني فيدل أنه من أهل المائة الثامنة، وهو مخطوط بدار الكتب (١٥٥٠ فقه شافعي).

١٥٩- رحمة الأمة في اختلاف الأئمة - محمّد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني (٩٦٩هـ). مطبوع على هامش الميزان الكبرى.

١٦٠- شرح ابن القاسم الغزي لمتن أبي شجاع (٥٩٣هـ)، شمس الدين أبو عبدالله محمّد بن قاسم الشافعي(٩١٨هـ). مطبوع مع حاشية الباجوري.

١٦١- شرح التحرير (تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب)- أبو يحيى زكريا بن محمّد الأنصاري (٩٢٦هـ)، مطبوع مع حاشية الشرقاوي.

١٦٢- شرح المحلي على منهاج الطالبين للنووي (٦٧٦هـ)- جلال الدين محمّد بن أحمد المحلي (٨٦٤هـ): مطبوع مع حاشيتي قليوبي وعميرة.

١٦٣- فتح العزيز شرح الوجيز للغزالي (٥٠٥هـ)- أبو القاسم عبد الكريم بن محمّد الرافعي القزويني (٦٢٣هـ). مخطوط بالأزهرية (٧٦٧) ٥٧٢٦ فقه شافعي. ومطبوع بذيل المجموع شرح المهذب للنووي، وبذيله التلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني في مطبعة التضامن الأخوي.

١٦٤- فتح المعين بشرح قرة العين- الشيخ زين الدين بن عبد العزيز المليباري (تلميذ ابن حجر الهيثمي الشافعي ٩٧٢هـ). مطبعة دار الكتب العربية الكبرى، سنة ١٣٣١هـ.

١٦٥- فيض الاله المالك -عمر بركات الشامي البقاعي المكي. مطبعة الاستقامة بالقاهرة سنة ١٣٧٤هـ/١٩٥٥م.

١٦٦- قواعد الأحكام في مصالح الأنام- أبو محمّد عزالدين عبد العزيز بن عبدالسلام السلمي(٦٦٠هـ). دار الشرق للطباعة بالقاهرة، سنة ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م.

١٦٧- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج -شمس الدين محمّد بن أحمد الشربيني القاهري (٩٧٧هـ). مطبعة مصطفى الحلبي، سنة ١٣٥٢هـ/١٩٣٣م.

١٦٨- المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي، أو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي (٤٧٦هـ). مطبعة مصطفى الحلبي سنة ١٣٧٩هـ/١٩٦٠م. وبذيله النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي (٦٣٠هـ).
١٦٩- الميزان الكبرى- عبد الوهاب الشعراني(٩٧٣هـ). المطبعة البهية، سنة ١٣٥١هـ/١٩٣٢م. المطبعة الأزهرية، سنة ١٣١٧هـ.
١٧٠- النهاية شرح على متن الغاية-والتقريب للقاضي أبي شجاع- أبو الفضل ولي الدين البصير (من علماء القرن العاشر الهجري)، مطبعة حجازي بالقاهرة.
١٧١- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أحمد الرملي (١٠٠٤هـ) المطبعة البهية المصرية، سنة ١٣٠٤هـ.
١٧٢- الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو حامد بن محمد الغزالي (٥٠٥هـ) مطبعة الآداب، سنة ١٣١٧هـ.

(٨) كتب الفقه الحنبلي:

١٧٣- الأحكام السلطانية- أبو يعلى محمد بن الحسن الفراء (٤٥٨هـ) مطبعة مصطفى الحلبي-الطبعة الثانية، سنة ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م.
١٧٤- اعلام الموقعين عن رب العالمين- شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (٧٥١هـ) شركة الطباعة الفنية المتحدة سنة ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م.
١٧٥- الافصاح عن معاني الصحاح- الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة (٥٦٠هـ) المطبعة العلمية بحلب- الطبعة الأولى، سنة ١٣٤٨هـ/١٩٢٩م.
١٧٦- تصحيح الفروع- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المقدسي (٨٥٥هـ) مطبعة المنار بمصر- الطبعة الأولى، سنة ١٣٣٩هـ.
١٧٧- الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي (٨٥٥هـ). مطبعة السنة المحمدية، سنة ١٣٧٧هـ/١٩٥٨م.
١٧٨- الروض الندي شرح كافي المبتدي لشمس الدين الخزرجي الدمشقي- أحمد بن عبدالله بن أحمد البعلي. المطبعة السلفية.
١٧٩- شرح منتهى الارادات- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١هـ). المطبعة العامرة الشرفية- الطبعة الأولى، سنة ١٣١٩هـ. وهو مطبوع على هامش كشاف القناع.
١٨٠- الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية -ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ). مطبعة السنة المحمدية بمصر، سنة ١٣٧٨هـ.
١٨١- العدة شرح العمدة لابن قدامة (٦٢٠هـ) -بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي (٧٣٢هـ) المطبعة السلفية ومكتبتها.
١٨٢- غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى- مرعي بن يوسف الحنبلي(١٠٣٣هـ) مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر بدمشق-الطبعة الأولى.
١٨٣- الفروع- قاضي القضاة أبو عبدالله محمد بن مفلح المقدسي (٧٦٣هـ) مطبعة المنار بمصر- الطبعة الأولى، سنة ١٣٣٩هـ.
١٨٤- القواعد- عبد الرحمن بن أحمد بن حسن بن رجب (٧٩٥هـ) الطبعةالأولى، سنة ١٣٥٣هـ/١٩٣٣م.

١٨٥- كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أخصر المختصرات في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل- زين الدين عبد الرحمن بن عبدالله بن أحمد البعلي (١١٩٢هـ) المطبعة السلفية.
١٨٦- كشاف القناع عن متن الإقناع- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١هـ) المطبعة العامرة الشرفية - الطبعة الأولى، سنة ١٣١٩هـ.
١٨٧- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد- أبو البركات عبد السلام بن عبدالله بن تيمية الحراني (٦٥٢هـ) مطبعة السنة المحمدية بمصر- سنة ١٣٦٩هـ/١٩٥٠م.
١٨٨- مختصر الفتاوي المصرية لابن تيمية (٧٢٨هـ)- بدر الدين أبو عبدالله محمد بن علي البعلي (٧٧٧هـ) مطبعة السنة المحمدية بمصر- سنة ١٣٦٨هـ/١٩٤٩م.
١٨٩- المغني -عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠هـ) مطبعة دار المنار- الطبعة الثالثة، سنة ١٣٦٧هـ.
١٩٠- منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات- تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي المصري الشهير بابن النجار (٩٧٢هـ) مطبعة دار الجيل الجديد، سنة ١٣٨١هـ/١٩٦٢م. تحقيق الشيخ عبد الغني عبد الخالق.
١٩١- النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لأبي البركات ابن تيمية الحراني- قاضي القضاة أبو عبدالله محمد بن مفلح المقدسي (٧٦٣هـ). مطبوع بذيل المحرر.
١٩٢- نيل المآرب بشرح دليل الطالب للشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي -عبد القادر بن عمر الشيباني (١١٣٥هـ) . المطبعة العامرة، سنة ١٢٨٨هـ.

(٩) كتب المذاهب غير الأربعة:

أ- كتب الفقه الظاهري:

١٩٣- المحلى- أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي (٤٥٦هـ). مطبعة المنيرية بالقاهرة، سنة ١٣٥٠هـ.

ب- كتب الفقه الزيدي:

١٩٤- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار- أحمد بن يحيى بن المرتضى (٨٤٠هـ). مطبعة أنصار السنة المحمدية - الطبعة الأولى، سنة ١٣٦٨هـ/١٩٤٩م. ومعه جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار لمحمد بن يحيى بهران (٩٥٧هـ).
١٩٥- التاج المذهب لأحكام المذهب (شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار)- أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني . مطبعة دار إحياء الكتب العربية - الطبعة الأولى، سنة ١٣٦٦هـ/١٩٤٧م.

جـ- كتب الفقه الجعفري الإمامي:

١٩٦- أصول الإثبات في الفقه الجعفري- محمد جواد مغنية، مطبعة دار العلم للملايين ببيروت - الطبعة الأولى، سنة ١٩٦٤م.
١٩٧- جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام -محمد حسن بن الشيخ باقر النجفي (١٣٢٢هـ) . طبع حجر بايران ١٢٧١هـ.
١٩٨- الخلاف- أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي (٤٦٠هـ). مطبعة تابان بطهران- الطبعة الثانية، سنة ١٣٨٢هـ.
١٩٩- دليل القضاء الشرعي -محمد صادق آل بحر العلوم. مطبعة النجف، سنة ١٣٧٨هـ/١٩٥٨م.

٢٠٠- الروضة البهية (شرح اللمعة الدمشقية لمحمد بن جمال الدين العاملي ٧٨١هـ)- زين الدين بن علي بن أحمد العاملي (٩٦٥هـ). مطبعة الآداب- النجف، سنة ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م.
٢٠١- شرائع الإسلام في الفقه الجعفري الامامي -نجم الدين جعفر بن الحسن الملقب بالمحقق (٦٧٦هـ). مطابع دار الحياة بيروت، سنة ١٩٣٠م.
٢٠٢- كتاب القضاء ضياء الدين العراقي (١٣٦١هـ). المطبعة العلمية في النجف.

د- الكتب الاباضية:

٢٠٣- شرح النيل -محمد بن يوسف أطفيش (١٣٣٢هـ). المطبعة السلفية، سنة ١٣٤٣هـ.

(١٠) كتب المصطلحات والفقه العام

٢٠٤- الأموال- أبو عبيد القاسم بن سلام (٢٢٤هـ). دار الشرق للطباعة- الطبعة الأولى، سنة ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م. تحقيق محمد خليل هراس.
٢٠٥- التعريفات- علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف الجرجاني (٨١٦هـ). طبع سنة ١٣٥٧هـ/١٩٣٨م. وطبع مطبعة الاتحاد المصري سنة ١٣٢١هـ.
٢٠٦- طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية على ألفاظ كتب الحنفية- نجم الدين أبو حفص عمر بن محمد النسفي (٥٣٧هـ). دار الطباعة العامرة، سنة ١٣١١هـ.
٢٠٧- كشاف اصطلاحات الفنون- محمد أعلى بن علي التهانوي (١١٥٨هـ). طبع الهند، سنة

(١١) كتب عامة وحديثة في الشريعة

٢٠٨- أصول استماع الدعوى الحقوقية -علي حيدر أفندي. مطبعة الترقي بدمشق، سنة ١٣٤٢هـ/١٩٢٣م. وهو مجموعة من مقالات نشرت في الجريدة العدلية التركية سنة ١٣٢٧هـ نقلها إلى العربية فايز الخوري.
٢٠٩- الأصول القضائية في المرافعات الشرعية- الشيخ على قراعة. مطبعة الرغائب بدار المؤيد بالقاهرة ١٣٣٩هـ/١٩٢١م.
٢١٠- تاريخ القضاء في الإسلام -محمود بن محمد بن عرنوس (١٩٥٥م). المطبعة المصرية الأهلية الحديثة بالقاهرة، سنة ١٣٥٢هـ/١٩٣٤م.
٢١١- تاريخ القضاء في الإسلام -الدكتور أحمد عبد المنعم البهي. مطبعة لجنة البيان العربي بالقاهرة، سنة ١٩٦٥م.
٢١٢- التصرف الإنفرادي والإرادة المنفردة- الشيخ علي الخفيف، مطبعة الجبلاوي وهو محاضرات ألقاها المؤلف على طلبة قسم الدراسات القانونية سنة ١٩٦٤م.
٢١٣- السلطة القضائية وأطوارها- عبد الصمد عبد الحليم سالم. رسالة لنيل شهادة العالمية من الأزهر مخطوطة، سنة ١٣٥٦هـ/١٩٣٧م.
٢١٤- طرق القضاء في الشريعة الإسلامية- الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم (١٩٤٥م). المطبعة السلفية بالقاهرة، سنة ١٣٤٧هـ.
٢١٥- الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد- الدكتور وهبة الزحيلي. مطبعة جامعة دمشق، سنة ١٩٦٨م.
٢١٦- الفكر القانوني الإسلامي بين أصول الشريعة وتراث الفقه الإسلامي- فتحي عثمان. نشر مكتبة وهبة.
٢١٧- القضاء في الإسلام -محمد سلام مدكور. نشر دار النهضة العربية.

٢١٨- القضاء في الإسلام- الدكتور عطية مصطفى مشرفة. مطبعة شركة الشرق الأوسط- الطبعة الثانية، سنة ١٩٦٦م.
٢١٩- مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوي الشرعية -محمد زيد الأبياني (١٣٥٤هـ). الطبعة الثالثة، سنة ١٣٤٣هـ/١٩٢٤م. والطبعة الثانية، سنة ١٣٣١هـ/١٩١٣م.
٢٢٠- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة -الاستاذ مصطفى الزرقا. مطبعة الجامعة السورية- الطبعة الثالثة، سنة ١٣٧٧هـ/١٩٥٨م.
٢٢١- المدخل الفقهي العام- المؤلف السابق. مطبعة الإنشاء بدمشق- الطبعة التاسعة، سنة ١٣٨٤هـ/١٩٦٥م.
٢٢٢- المرافعات الشرعية -عبد الحكيم بن محمد السبكي. المطبعة الجمالية بمصر- الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٩هـ.
٢٢٣- المرافعات الشرعية -معوض محمد مصطفى سرحان. كتاب دراسي في جامعة الخرطوم لعام ١٩٤٦م.
٢٢٤- مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي- عبد الرزاق السنهوري. طبع سنة ١٩٦٧م.
٢٢٥- المعاملات الشرعية المالية- أحمد إبراهيم إبراهيم (١٩٤٥م). المطبعة السلفية، سنة ١٣٥٤هـ/١٩٣٦م.
٢٢٦- الملكية في الشريعة الإسلامية- علي الخفيف. مطبعة لجنة البيان العربي، سنة ١٩٦٧م.
٢٢٧- موجز في المرافعات الشرعية- أحمد إبراهيم إبراهيم (١٩٤٥م) مطبعة الفتوح الأدبية، سنة ١٩٢٥م.
٢٢٨- وسائل الإثبات في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية- الدكتور محمد مصطفى الزحيلي. مؤسسة التعاون الجامعي للطباعة والنشر، سنة ١٣٩١هـ/١٩٧١م. وهي رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الشريعة الإسلامية (١٢) كتب القانون.

(١٢) كتب القانون

٢٢٩- أثر مضي المدة في الالتزام- الدكتور عبد المنعم البدراوي. مطبعة جامعة فؤاد الأول، سنة ١٩٥٠م.
٢٣٠- أصول المحاكمات الحقوقية -فارس الخوري. مطبعة الجامعة السورية- الطبعة الثانية، سنة ١٩٣٦م.
٢٣١- أصول المرافعات- الدكتور أحمد مسلم. مطابع دار الفكر العربي بمصر، سنة ١٩٦٩م.
٢٣٢- التقادم المكسب والمسقط- المستشار محمد عبد اللطيف. مطابع دار النشر بالجامعات المصرية- الطبعةالأولى، سنة ١٩٥٨م.
٢٣٣- توضيح المشكلات في قانون المرافعات- أحمد أفندي عفيفي. مطبعة المقتطف بالقاهرة، سنة ١٨٨٥م.
٢٣٤- حق الملكية -الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة. مطبعة مصطفىالحلبي- الطبعة الثالثة، سنة ١٩٦٧م.
٢٣٥- شرح قانون الإجراءات المدنية- الدكتور عبد الباسط جميعي. دار الرائد للطباعة، سنة ١٩٦٦م.
٢٣٦- شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية- عبد الجليل برتو. الشركة الإسلامية للطباعة والنشر ببغداد، سنة ١٩٥٧م.
٢٣٧- شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي -ضياء شيت خطاب. مطبعة العاني ببغداد، سنة ١٩٦٩م.
٢٣٨- شرح لائحة الإجراءات الشرعية -أحمد قمحة، والدكتور عبد الفتاح السيد، الطبعة الثانية، سنة ١٣٤٣هـ/١٩٢٥م.

٢٣٩- القانون الدولي الخاص- الدكتور عـز الدين عبـد اللّـه. الطبعة الخامسـة، سـنة ١٩٦٥م، نشـر دار النهضة العربية.
٢٤٠- قانون المرافعات معلقاً على نصوصه بآراء الفقهاء وأحكام المحاكم- محمد كمال أبـو الخير المحامي. الطبعة الرابعة، سنة ١٩٥٨م.
٢٤١- قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن- محمد العشـماوي المحامي، والدكتـور عبـد الوهـاب العشماوي المحامي. المطبعة النموذجية بالقاهرة، سنة ١٣٧٦هـ/١٩٥٧م.
٢٤٢- المباحث الجلية في أحكام المدة الطويلة- أحمد عفيفي. المطبعة الإعلامية بمصر، سنة ١٣٠٧هـ.
٢٤٣- مجموعة القواعد القانونية التي قررتهـا محكمـة النقـض في خمـس سـنوات: مـن سـنة ١٩٦١إلى سـنة ١٩٦٦م- أحمد سمير أبو شادي. دار الكتاب العربي للطباعة والنشر.
٢٤٤- مذكرات في سلطة القاضي الولائية الدكتور عبد الباسط جميعي.
٢٤٥- المذكرة التفسيرية لمشروع قانون المرافعات المصري الصـادر سـنة ١٩٤٩م. لجنـة قـانون المرافعـات. المطبعة الأميرية، سنة ١٩٤٨م.
٢٤٦- المرافعات المدنية والتجارية الدكتور عبد الحميد أبو هيف. مطبعة المعارف، سنة ١٣٣٣هـ/١٩١٥م.
٢٤٧- المرافعـات المدنيـة والتجاريـة الدكتـور محمـد حـامد فهمـي. مطبعـة فتـح اللّـه اليـاس نـوري، سـنة ١٣٥٩هـ/١٩٤٠م.
٢٤٨- المرافعات المدنية والتجارية الدكتور أحمد أبو الوفا. مطبعة دار المعارف بالاسكندرية- الطبعة الثالثة، سنة ١٩٥٥م.
٢٤٩- المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسـلامي. سـيد عبداللّـه علـي حسـين. مطبعـة عيسى الحلبي بالقاهرة- الطبعة الأولى- سنة ١٣٦٦هـ/ ١٩٤٧م.
٢٥٠- المقارنات والمقابلات في شرع اليهود والشريعة الإسلامية والقوانـين محمـود حـافظ صـبري. المطبعـة الهندية بمصر- الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٠هـ/١٩٠٢م.
٢٥١- المواهب العلمية في المرافعات الأهليـة والشـرعية. محمـد علـي عبـد الواحـد. مطبعـة مصـر- الطبعـة الأولى، سنة ١٩٠٩م.
٢٥٢- نظرية البطلان في قانون المرافعات الدكتور فتحي والي الطبعة الأولى، سنة ١٩٥٩م.
٢٥٣- نظرية الدفوع الدكتور أحمد أبو الوفا. الطبعة الرابعة.
٢٥٤- نظريـة المصلحـة الدكتـور عبـد المنعـم الشـرقاوي. مطبعـة النهضـة- الطبعـة الأولى، سـنة ١٣٦٦هـ/١٩٤٧م.
٢٥٥- الوجيز في أصـول المحاكمـات المدنيـة الدكتـور رزق اللّـه أنطـاكي. مطبعـة الجامعـة السـورية، سـنة ١٣٧٧هـ/١٩٥٧م.
٢٥٦- الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية الدكتور عبد المنعم الشرقاوي. نشـر مكتبـة النهضـة المصريـة، سنة ١٩٥٤م.
٢٥٧- الوجـيز في المرافعـات المصريـة الدكتـور عبـد الفتـاح السـيد. مطبعـة النهضـة بالقـاهرة، سـنة ١٣٤٠هـ/١٩٢١م.
٢٥٨- الوسيط في شرح القانون المدني الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري. طبع سنة ١٩٥٦م.
٢٥٩- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الدكتور رمزي سـيف. المطبعة العالميـة- الطبعـة السابعة، سنة ١٩٦٧م.

(١٣) كتب السير والتاريخ والتراجم

٢٦٠- الاستيعاب في معرفة الأصحاب. أبوعمر يوسف بن عمر بن عبد البر النمري (٤٦٣هـ). مطبعة نهضة مصر تحقيق علي محمّد البجاوي.

٢٦١- أسد الغابة في معرفة الصحابة عز الدين أبوالحسن علي بن محمد الجزري (٦٣٠هـ) . مطبعة دار الشعب.

٢٦٢- الإصابة في تمييز الصحابة. أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ). مطبعة السعادة بالقاهرة- الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٨هـ.

٢٦٣- الأعلام خير الدين بن محمود بن محمد بن علي الزركلي الدمشقي. الطبعة الثانية ، ١٩٥٢-١٩٥٩/١٣٧١-١٣٧٨هـ.

٢٦٤- إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون إسماعيل باشا بن محمد أمين البغدادي (١٣٣٩هـ). طبع طهران- الطبعة الثالثة.

٢٦٥- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن التاسع محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠هـ). مطبعة السعادة بمصر، الطبعة الأولى ، سنة ١٣٤٨هـ.

٢٦٦- تاريخ التراجم في طبقات الحنفية أبو العدل زين الدين قاسم بن قطلوبغا (٨٧٩هـ). مطبعة العاني بيغداد، سنة ١٩٦٢م.

٢٦٧- تاريخ الطبري (تاريخ الرسل والملوك) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. مطابع دار المعارف بمصر.

٢٦٨- تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي الدكتور حسن إبراهيم حسن. الطبعة السابعة، سنة ١٩٦٤م.

٢٦٩- التعليقات السنية على الفوائد البهية أبو الحسنات محمد بن عبد الحي اللكنوي الهندي. مطبوع بذيل الفوائد البهية.

٢٧٠- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء الحافظ أحمد بن عبدالله أبو نعيم الأصبهاني (٤٣٠هـ). مطبعة السعادة بمصر- الطبعة الأولى، سنة ١٣٥١هـ/١٩٣٢م.

٢٧١- خلاصة تذهيب الكمال في أسماء الرجال. صفي الدين أحمد بن عبد الله الخزرجي الأنصاري. المطبعة الخيرية- الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٢هـ.

٢٧٢- الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة أحمد بن حجر العسقلاني(٨٥٢هـ). الطبعة الثانية- سنة ١٣٨٥هـ/١٩٦٦م.

٢٧٣- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب قاضي القضاة برهان الدين إبراهيم بن علي ابن محمد بن فرحون اليعمري المالكي (٧٩٩هـ). مطبعة المعاهد بالقاهرة- الطبعة الأولى، سنة ١٣٥١هـ. وبهامشه كتاب نيل الابتهاج بتطريز الديباج لأبي العباس أحمد بن أحمد المعروف ببابا التنبكتي.

٢٧٤- الذيل على طبقات الحنابلة. زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (٧٩٥هـ). مطبعة السنة المحمدية ، سنة ١٣٧٢هـ/١٩٥٢م.

٢٧٥- سيرة ابن هشام أبو محمد عبد الملك بن هشام (٢١٨أو ٢١٣هـ). مؤسسة دار التحرير للطبع والنشر- مطابع شركة الاعلانات الشرقية،سنة ١٣٨٣هـ.

٢٧٦- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي (٩٢٠هـ). طبع سنة ١٣٥٣هـ و ١٣٥٥هـ.

٢٧٧- طبقات الحنابلة القاضي أبو الحسين محمد بن أبي يعلى (٤٥٨هـ). مطبعة السنة المحمدية، سنة ١٣٧١هـ/١٩٥٢م.

٢٧٨- الطبقات السنية في تراجم الحنفية. تقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري (١٠٠٥هـ أو ١٠١٠هـ). مطابع الأهرام التجارية بالقاهرة ، سنة ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م. تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو.

٢٧٩- طبقات الشافعية الكبرى تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (٧٧١هـ). المطبعة الحسينية- الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٤هـ.

٢٨٠- طبقات الشافعية أبو بكر بن هداية الله الحسيني الملقب بالمصنف (١٠١٤هـ). مطبوع مع طبقات الفقهاء للشيرازي.

٢٨١- طبقات علماء افريقية - أبو العرب محمّد بن أحمد بن تميم التميمي طبع الجزائر، سنة ١٣٣٢هـ/١٩١٤م.

٢٨٢- طبقات الفقهاء - إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي أبو إسحاق الشيرازي (٤٧٦هـ) طبع بغداد، سنة ١٥٣٦هـ.

٢٨٣- الفتح المبين في طبقات الأصوليين - الشيخ عبدالله مصطفى المراغي، مطبعة أنصار السنة المحمدية، سنة ١٣٦٦هـ.

٢٨٤- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي - محمّد بن الحسن الحجوي الثعالبي، مطبعة إدارة المعارف بالرباط، سنة ١٣٤٠هـ، وكمل بمطبعة البلدية بفاس، سنة ١٣٤٥هـ.

٢٨٥- الفوائد البهية في تراجم الحنفية - ابو الحسنات محمّد بن عبدالحي اللكنوي الهندي، مطبعة السعادة - الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٤هـ.

٢٨٦- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان - أبو العباس شمس الدين احمد بن محمّد بن أبي بكر بن خلكان (٦٨١هـ)، مطبعة السعادة بمصر، تحقيق محمّد محيي الدين عبدالحميد.

٢٨٧- هدية العارفين (أسماء المؤلفين وآثار المصنفين) اسماعيل باشا البغدادي (١٣٣٩هـ) طبع طهران - الطبعة الثالثة.

فهرس المحتويات

الفصل الأول
القضاء

الفصل الثاني
تعريف الدعوى

الفصل الثالث
مسألة الظفر

المواضع التي يجوز فيها استيفاء الحق بغير دعوى

الباب الأول
عناصر الدعوى

الفصل الأول
سبب الدعوى وركنها وأطرافها ومكانها

الفصل الثاني
شروط الدعوى

الباب الثاني
الآثار المترتبة على رفع الدعوى

الفصل الأول
نظرية الدعوى

الفصل الثاني
حضور الخصوم وغيابهم

الفصل الثالث

جواب الدعوى

الخاتمة

إنتهاء الدعوى

الفصل الأول
الحكم

الفصل الثاني
العوارض التي تنهي الخصومة قبل صدور حكم فيها